



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

**Universidad del Perú. Decana de América**

Dirección General de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Unidad de Posgrado

**Efectos de los intereses y del anatocismo en el pago de  
las obligaciones: Una propuesta modificatoria**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia  
Política

**AUTOR**

Eduardo Daniel JIMÉNEZ JIMÉNEZ

**ASESOR**

Dra. Carmen MEZA INGAR

Lima, Perú

2019



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Jiménez, E. (2019). *Efectos de los intereses y del anatocismo en el pago de las obligaciones: Una propuesta modificatoria*. Tesis para optar grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

---

## HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

### CÓDIGO ORCID DEL AUTOR

Eduardo Daniel JIMÉNEZ JIMÉNEZ

### CÓDIGO ORCID DEL ASESOR

0000-0002-9367-6450

Carmen MEZA INGAR

### DNI DEL AUTOR

07905799

### GRUPO DE INVESTIGACIÓN

No aplica

### INSTITUTO QUE FINANCIA PARCIAL O TOTALMENTE LA INVESTIGACIÓN

No aplica

### UBICACIÓN GEOGRÁFICA DONDE SE DESARROLLÓ LA INVESTIGACIÓN

No aplica. Es tesis dogmática-cualitativa

### AÑO O RANGO QUE LA INVESTIGACIÓN ABARCÓ

La investigación se realizó principalmente entre los años 2016-2019



Eduardo Daniel JIMÉNEZ JIMÉNEZ

DNI 07905799



## Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

### ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA


En la ciudad de Lima, a los veintidos días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, y con la asistencia de los Profesores: Dr. Aníbal Torres Vásquez, Dr. Alberto Stewart Balbuena, Dra. Carmen Meza Ingar, Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Eduardo Daniel JIMÉNEZ JIMÉNEZ**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"EFECTOS DE LOS INTERESES Y DEL ANATOCISMO EN EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES: UNA PROPUESTA MODIFICATORIA"**.


Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:


*Aprobado por unanimidad con nota 16 (Bueno)*

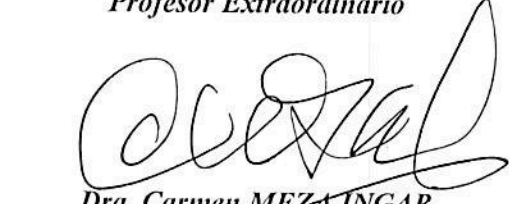
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Eduardo Daniel JIMÉNEZ JIMÉNEZ**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, dio por concluido el acto académico de sustentación.

  
Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS  
Presidente  
Profesor Principal

  
Dr. Aníbal TORRES VÁSQUEZ  
Jurado Informante  
Profesor Extraordinario

  
Dr. Alberto STEWART BALBUENA  
Jurado Informante  
Profesor Contratado

  
Dra. Carmen MEZA INGAR  
Asesora  
Profesor Invitada

  
Dr. Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO  
Miembro  
Profesor Invitado

*Lo esencial de la investigación jurídica no está representando por la verificación puntual de la hipótesis, como si se tratase de un experimento con radiactivos, sino por la relevancia de los problemas, la claridad de sus planteamientos y la calidad de su discurso persuasivo.*

**Carlos Ramos Núñez. Como Hacer Una tesis de derecho y no envejecer en el intento**

*La Economía fijará y jerarquizará los fines y señalará los medios económicos mediante los cuales pueden alcanzarse aquellos. Pero el Derecho, traduciendo todo ello en normas jurídicas, se encargará de disciplinar el proceso.*

**Moore, Daniel: Derecho Económico**

## ÍNDICE GENERAL

## ÍNDICE GENERAL

	Pág
RESUMEN	IX
INTRODUCCIÓN	X
<b>CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	<b>1</b>
1. Planteamiento del problema	2
2. Justificación de la investigación	4
3. Objetivos de la investigación	6
4. Marco teórico y jurídico	6
5. Indagación sobre investigaciones pre-existentes	13
6. Métodos, tipo y diseño de investigación	14
7. Técnicas de investigación	15
<b>CAPÍTULO II DERECHO Y ECONOMÍA</b>	<b>17</b>
<b>Sección Primera: Derecho Económico</b>	<b>18</b>
1. De la economía de guerra a los órganos regulatorios	21
2. Ámbito de aplicación del derecho económico	22
3. La producción normativa	26
4. En conclusión	27
<b>Sección Segunda: La Constitución Económica</b>	<b>29</b>
1. La economía social de mercado	30
2. ¿Debe existir un apartado especial de normas Económicas en la Constitución Política?	33
3. El aspecto ideológico e histórico de la Constitución económica	35
4. Los contrato ley	38



5. Monopolios y posición dominante en el mercado:

Apuntes para una eventual reforma de la

Constitución económica 43

### **Sección Tercera: Análisis Económico del Derecho 48**

1. Los costos de transacción 49

2. Las externalidades 51

3. El análisis económico del derecho: un balance 52

### **Sección Cuarta: Economía y Derecho de Obligaciones.- Una reflexión personal 54**

## **CAPÍTULO III INTERÉS Y POLÍTICA MONETARIA**

57

### **Sección Primera: La política monetaria y las variables económicas en la formulación de las tasas de interés 58**

1. La política monetaria y la relación con las tasas de interés 58

2. Efectos de las tasas de interés sobre el ingreso, ahorro, inversión, consumo y pleno empleo 61

### **Sección Segunda: Inflación, tasas de interés y revaluación de deudas en dinero 64**

1. La inflación 64

2. Obligaciones dinerarias e inflación 65

3. La polémica nominalismo vs valorismo 66

4. Nominalismo, Valorismo y el Código Civil 67

5. La revaluación de las obligaciones dinerarias: La indexación 69

6. Rol del derecho 72

7. Legislación comparada 72

## **CAPÍTULO IV BREVE HISTORIA DE LAS TASAS DE INTERÉS**

74

1. Los inicios: Roma imperial 75

2. La Edad Media 77

3. El renacimiento y el desarrollo del capitalismo 79

4. El primer banco central 83

5. La escena contemporánea 86

6. A modo de colofón: una reflexión personal 88

## **CAPÍTULO V TIPOS Y TASAS DE INTERÉS**

91

### **Sección Primera: Algunas precisiones operativas 92**

1. Definición de interés 92
2. Los intereses como frutos civiles 94
3. Características de los intereses 96
4. Los principales tipos de interés internacionales 97
5. Importancia económica de las tasas de interés 100
6. Diferencia entre tipo y tasa de interés 101
7. De la selectividad en las tasas de interés o del subsidio de alguna de estas 102

### **Sección Segunda.- Dinero e interés 104**

### **Sección Tercera.- Los intereses en el ordenamiento civil 108**

- I. Los intereses convencionales 108
- II: Los intereses legales y judiciales 112

### **Sección Cuarta: Enfoque jurídico-económico de los intereses.- Unas reflexiones personales 114**

## **CAPÍTULO VI TIPOS Y TASAS DE INTERÉS EN EL PERÚ**

116

### **Sección Primera: Breve historia de los tipos y tasas de interés en el Perú 117**

### **Sección Segunda: El Banco Central de Reserva del Perú 122**

### **Sección Tercera: Los tipos de interés en el Código Civil 125**

1. El interés compensatorio 125
2. El interés moratorio 128
3. Las tasas máximas de interés 131
4. El interés legal 132

**Sección Cuarta: Instituciones relacionadas con los intereses 135**

1. Mutuo y dinero 135
2. Pago, mora y cláusula penal 136
3. Lucro cesante, daño emergente y riesgo 138
4. Agio y usura 140

**Sección Quinta: Los intereses en el sistema financiero.-**

**Una apreciación personal 141**

**CAPÍTULO VII EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES  
CIVILES (I PARTE)**

147

**Sección Primera: Antecedentes doctrinarios de la institución 148**

1. Antecedentes legislativos 148
2. Nulidad por contravención de normas de orden público 152
3. Pactos de capitalización de intereses entre acreedor y deudor 154
4. Diferencias entre anatocismo y acumulación de intereses.  
Anatocismo y novación 154

**Sección Segunda: El anatocismo en las obligaciones comerciales,  
financieras y tributarias 156**

1. El anatocismo en las obligaciones comerciales y financieras 156
2. El anatocismo en las obligaciones tributarias 160

**CAPÍTULO VIII EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES  
CIVILES (II PARTE)**

161

**Sección Primera: Antecedentes nacionales del artículo 1250º  
del Código Civil 162**

1. Antecedentes nacionales del art. 1250º del CC 162
2. Tratamiento del anatocismo en otras legislaciones 165
3. Otros aspectos a considerar 167
4. Formas que puede adquirir el anatocismo 167
5. Anatocismo de obligaciones civiles en sede judicial 169

<b>Sección Segunda: Breve esbozo de nuestra propuesta modificatoria del artículo 1250º CC</b>	<b>173</b>
---	------------

<b>Sección Tercera: Ensayo aproximativo de la aplicación del AED a una propuesta modificatoria del artículo 1250º del CC</b>	<b>174</b>
--	------------

## **CAPÍTULO IX**

<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>178</b>
---------------------------------------	------------

Conclusiones	179
--------------	-----

Recomendaciones	183
-----------------	-----

## **ANEXOS**

<b>ANEXO 1.- PROPUESTA LEGISLATIVA MODIFICATORIA DEL TÍTULO II, CAPÍTULO II: PAGO DE INTERESES</b>	<b>189</b>
--	------------

<b>ANEXO 2.- ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ELABORADO POR EL GRUPO DE TRABAJO CONSTITUIDO POR RM N° 0300-2016 EN LO REFERENTE AL CAPÍTULO SEGUNDO: PAGO DE INTERESES</b>	<b>203</b>
--	------------

<b>ANEXO 3.- LOS INTERESES COMPENSATORIOS EN EL SISTEMA FINANCIERO: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b>	<b>206</b>
--	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA</b>	<b>224</b>
--------------------------------	------------

## **RESUMEN**

El presente trabajo pretende ser de carácter multidisciplinario y tiene por finalidad determinar los efectos de las obligaciones en el pago de los intereses y el anatocismo desde un enfoque tanto jurídico como económico, lo que permite que el tema investigado pueda ser enfocado desde diversos ángulos, enriqueciéndose de esa manera.

Palabras Clave: Tipo y Tasa de Interés, Anatocismo, Revalorización de deudas, Pago de intereses, Derecho y Economía.

## **ABSTRACT**

This work has multi-disciplinary nature and aims to determine the effects of the interest and the anatocism on the payment of obligations from a legal and economic approach, which allows the subject investigated can be focused from several angles, being enriched that way.

Keywords: Type and Interest Rate, Anatocism, Debt Revaluation, Interest Payment, Law and Economics.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende ser una tesis teórica o no experimental dado que busca ser el sustento de una propuesta modificatoria del capítulo sobre pago de intereses del Código Civil.

Si bien encontramos adecuada su actual sistemática, creemos que algunos artículos del capítulo deben ser modificados. Para ello hemos tenido que recurrir no solo al campo jurídico propiamente, sino tratar el tema en un enfoque interdisciplinario, acompañando al derecho, la ciencia económica y en especial la política monetaria. Como han resaltado varios juristas nacionales y extranjeros, los intereses y la capitalización de estos, no pueden dejarse de estudiar sin enfocar el mundo económico, en vista que allí nacen, siendo el derecho apenas un instrumento regulatorio y, lo ideal, es que pueda regularlos adecuadamente.

Por eso, la tesis comienza en el primer capítulo con los aspectos metodológicos. El estado de la cuestión en los capítulos del II al VIII, donde hacemos un recorrido desde la relación del Derecho y la Economía (Capítulo II), el interés y la política monetaria (Capítulo III), la historia de las tasas de interés (Capítulo IV), los tipos y tasas de interés (Capítulos V y VI), la capitalización de intereses o anatocismo (Capítulos VII y VIII). Para concluir con nuestras Conclusiones y Recomendaciones (Capítulo IX).

En Anexo 1 publicamos nuestra propuesta legislativa de modificatoria del capítulo sobre Pago de intereses. El Anexo 2 es el Anteproyecto de Reforma del CC en lo que al capítulo de intereses trata. La publicación de un artículo de nuestra autoría relacionado con la tesis se encuentra en el Anexo N° 3: *Los intereses compensatorios en el sistema financiero: a propósito de una sentencia del Tribunal*

*Constitucional*. Un pequeño análisis de una sentencia poco conocida de nuestro TC.

Asimismo, hemos querido enfocar las normas jurídicas no tanto desde el punto de vista dogmático, sino desde su eficacia en la aplicación práctica de estas. Una norma no es abstracta, no nace ni se aplica en un mundo inmaterial, sino todo lo contrario. Y, precisamente para determinar los alcances de la norma nos sirven herramientas como el análisis económico del derecho o la misma sociología jurídica.

Si bien la teoría es importante, como diría Goethe, más frondoso en el árbol de la vida; por lo que no dudamos en contrastar nuestros resultados con otras fuentes que nos permitan corroborar nuestras indagaciones en la problemática del tema.

Para terminar, nuestro agradecimiento especial a nuestra apreciada asesora, la Dra. Carmen Meza Ingar, por su paciencia y prontitud en absolver las dudas de sus discípulos, aportando sugerencias puntuales para mejorar el trabajo, con quien siempre estaré en deuda.

Lima, Agosto de 2019

Eduardo Daniel Jiménez Jiménez

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**



## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

### 1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA Y DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD:

¿Qué son los intereses?

Nuestro Código Civil los conceptúa como “frutos civiles”. Pero el artículo 891º no aporta mucho al tema, más allá de una genérica “consecuencia de una relación jurídica”.

Quizás el concepto que dan los economistas es más apropiado, al calificar a los intereses como “el precio del dinero”.<sup>1</sup>

Los intereses aparecen donde existe una sociedad organizada, hay transacciones económicas y en esa sociedad se ha “inventado” el dinero como medio de pago. Necesariamente tienen que existir esos tres elementos para que los intereses surjan como compensación económica a un capital dado en mutuo.

De allí su regulación por parte del Estado y lo difícil de esta.

Existen obligaciones civiles que al momento de pactarse las partes no convienen mecanismos resarcitorios del valor adquisitivo. Es lo que sucede, por ejemplo, en las obligaciones por prestación de servicios profesionales o por arriendos, para citar dos casos bastante comunes. Es así que de incumplir el deudor con la obligación de dar suma de dinero, el acreedor que acuda a tutela judicial o arbitral tiene como única compensación por la demora en el cumplimiento de la obligación y por todo concepto resarcitorio solo los intereses legales computados a partir de la fecha de interposición de la demanda y que en la práctica no compensan el valor adquisitivo de la

---

<sup>1</sup> Lo que se entiende también como la retribución por el uso del dinero. Nota del tesista

misma.

Por otra parte, en cuanto al pago de intereses, con la entrada en vigencia de la Ley del Sistema Financiero, el criterio para la aplicación de los intereses se bifurcó en dos: por un lado las obligaciones civiles tienen un tope de tasas máximas a cobrar, mientras las obligaciones financieras tienen libertad absoluta en la tasa cobrada por intereses.

Ello nos hace preguntarnos si una variable económico-financiera tan importante como los intereses no deben ser regulados más apropiadamente. O de repente, regresar a la regulación anterior cuando el capítulo de intereses del Código Civil regulaba todo tipo de obligaciones, sean estas civiles, financieras o administrativas.

Y, si bien es cierto que la sistemática del Código Civil en cuanto al pago de intereses es la adecuada, no es menos cierto que dicha regulación debe ser lo más justa y precisa a fin que el acreedor no pierda el poder adquisitivo de la prestación. Asimismo, se plantea la ampliación del anatocismo (capitalización de intereses), lo que en la actualidad sólo está permitido por acuerdo entre las partes y siempre que haya transcurrido por lo menos un año en el vencimiento de los intereses. La pregunta es si no podríamos ampliar el anatocismo para ser aplicado también en sede judicial o arbitral.

Esta polémica hace entrar en escena dos teorías que conviven: el nominalismo y el valorismo. La segunda permite no perder el poder adquisitivo de la obligación. La doctrina nunca ha sido pacífica en cuanto al valorismo. Consecuencia de ello algunas legislaciones lo permiten, otras no.

Asimismo, más allá del aspecto doctrinario, es necesario aplicar herramientas nuevas como el Análisis Económico del Derecho, a fin de determinar el costo-beneficio que podría significar la aplicación del anatocismo a las obligaciones dinerarias con sentencia firme o laudo arbitral. O enfocar el tema de los intereses desde ángulos distintos como el que aporta el Derecho Económico y, porqué no, la correspondencia que existe

con los principios de la llamada constitución económica.

## **1.2 Formulación del problema de investigación:**

1.2.1 ¿Se podrá regular adecuadamente los distintos tipos de intereses, sin afectar las relaciones jurídico-económicas, entendiendo que los tipos y tasas de interés expresan una realidad económica-financiera que no puede ser obviada?

## **1.3. Formulación del problema secundario:**

1.3.1 ¿Se podrá aplicar el anatocismo en sede judicial o arbitral a las obligaciones civiles de dar suma de dinero que cuenten con sentencia o laudo arbitral firme, a fin que mantengan su valor adquisitivo y siempre que no se hayan pactado mecanismos del resarcimiento del valor adquisitivo de la obligación entre acreedor y deudor?

## **2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:**

### **2.1. Justificación legal:**

Por distintos motivos muchas obligaciones dinerarias no contienen al momento de ser pactadas o después pactos expresos de pago de intereses compensatorios, moratorios o cláusula penal; por lo que en caso de incumplimiento del deudor e ir a sede judicial a fin de dirimir el pago, el único resarcimiento posible son los intereses legales, que no compensan la pérdida del valor adquisitivo original de la obligación pactada. Por esa razón, como ya sucede en otras legislaciones, es recomendable que en esos supuestos y cuando el deudor se muestra renuente al pago a pesar de existir sentencia o laudo arbitral firme pueda aplicarse el anatocismo, capitalizándose los intereses legales generados desde la interposición de la demanda o la solicitud arbitral de ser el caso; proponiéndose como reforma legislativa el añadido de un segundo párrafo al artículo 1250º del Código Civil.

## **2.2. Justificación teórica.-**

El aporte teórico es de suma importancia, dado que si bien la institución del pago de intereses y anatocismo data de la época romana, su regulación en nuestro ordenamiento es insuficiente, por lo que es menester adecuarlo a las exigencias de la época, incluso reformando nuestra legislación de ser necesario, a fin de poder solucionar los problemas que se presentan por la desvalorización de la deuda, teniendo en cuenta también la legislación comparada de otros países donde es utilizada dicha institución. Asimismo, en vista que el tema es nuevo será una investigación netamente cualitativa.

## **2.3. Justificación de la reforma legislativa.-**

Se justifica por las razones antes expuestas, dado que la desvalorización de las deudas ocasionadas por el retardo en el incumplimiento del deudor, aparte del usual retardo de la administración de justicia, conlleva a una pérdida del poder adquisitivo del acreedor y un desequilibrio patrimonial en las relaciones acreedor-deudor.

## **2.4. Justificación social.-**

En el sentido que los beneficiarios de la aplicación de los cambios propuestos serían los usuarios del sistema judicial o de la sede arbitral sin importar la clase social, pero sobretudo aquellos cuyas obligaciones no cuentan con mecanismos resarcitorios de protección como son los alimentistas, los acreedores de pago de arriendos u otros de similar naturaleza.

### **3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:**

#### **3.1. Objetivo General:**

Determinar la viabilidad de una reforma legislativa en el capítulo sobre pago de intereses del Código Civil.

#### **3.2. Objetivo Específico:**

Determinar, la aplicación del anatocismo en sede judicial o arbitral para ciertas obligaciones que no cuenten con pacto previo sobre mecanismos de resarcimiento del valor adquisitivo de la obligación.

### **4. MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO**

#### **4.1. LA POLÍTICA MONETARIA Y SU RELACIÓN CON LAS TASAS DE INTERÉS:**

Con la creación del primer banco central en Inglaterra, nace la política monetaria moderna. A lo largo del siglo XIX el Banco de Inglaterra utilizó el tipo de redescuento bancario, aumentándolo o reduciéndolo, a fin de influir sobre la banca y la vida económica en general. Si la tasa de redescuento era alta, los capitales acudían inmediatamente; si era baja, se iban de la misma manera.<sup>2</sup>

Este mecanismo se mostró inoperante en la gran depresión de 1929, cuando los monetaristas creían que bajando o subiendo las tasas de interés se iba a reanudar el ritmo de crecimiento del aparato productivo y salir de la recesión. John Maynard Keynes, el gran economista inglés, fue quien llegó a la conclusión que la influencia de las tasas de interés era de escasa utilidad práctica en la actividad económica.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Galbraith John K. *La sociedad opulenta*, Ediciones Orbis, p. 253

<sup>3</sup> Op. cit., p. 255

Antes de entrar en detalles, demos una breve definición de Política Monetaria. Al margen de escuelas o tendencias, una definición generalmente aceptada es aquella que la conceptúa como el “*manejo o dirección de las magnitudes monetarias con el fin de alcanzar los objetivos de la política económica generalmente aceptados*”.<sup>4</sup>

Tenemos entonces una finalidad última, que es coadyuvar a la política económica del estado. Por otra parte, tenemos objetivos intermedios, que son el control de la cantidad de dinero circulante (masa monetaria) o de su precio (tasa de interés)<sup>5</sup>, es decir, las magnitudes monetarias. Algunos instrumentos de la política monetaria son: el encaje bancario, la tasa de redescuento, las operaciones de mercado abierto (operaciones directas del banco central en el mercado, comprando o vendiendo divisas), etc.

Si el gobierno cree conveniente que exista poca liquidez en el sistema financiero, el banco central, conforme a su política monetaria, subirá el encaje bancario o aumentará las tasas de redescuento; o si el precio de la moneda extranjera más usada cae demasiado, el banco central saldrá al mercado a comprarla, a fin que exista poco circulante y suba el precio de esta divisa.

Como vemos, el precio del dinero viene a ser un objetivo intermedio de la política monetaria, *cuyo instrumento será la tasa de interés a aplicar*. En el inicio del crecimiento del capitalismo, el manejo exclusivo de las tasas de interés tuvo éxito para controlar los capitales que entraban y salían del mercado, pero conforme las variables económicas fueron tornándose más complejas, otros factores vinieron a aparecer, como los monopolios y su poder de decisión sobre el mercado; el propio movimiento social de la época (los obreros ya tenían derecho al voto y representación en el Parlamento, por lo que no iban a permitir consecuencias drásticas de la política monetaria en contra de sus bolsillos); la intervención cada vez mayor del Estado en la vida económica de la nación, debido a la especulación en la

---

<sup>4</sup> *Enciclopedia Práctica de Economía*, N° 24, España, 1983, p. 162

<sup>5</sup> *op.cit.*, N° 19, p. 69

bolsa de valores y su desenlace en el trágico viernes negro, que dio inicio a la gran crisis del año 1929 y sus consecuencias.<sup>6</sup>

Durante la gran depresión de los años treinta, los monetaristas creían que la recesión económica se podía combatir con tasas de interés atractivas para nuevas inversiones, pero el temor de los inversionistas a no recuperar el capital (factor psicológico), trajo como consecuencia la contracción del mercado y la agudización del ciclo recesivo. Keynes llegó a la conclusión que la tasa de interés por si sola no tiene el efecto de incentivar la inversión y propiciar un efecto en cadena que reactive el aparato productivo, sino que más bien la eficiencia se encuentra en una adecuada política fiscal (ingresos y gasto público) que deba actuar sobre la demanda agregada (consumo e inversión) a fin de conseguir el fin último: el pleno empleo. Eso si, Keynes consideraba que la variable económica intermedia más eficaz para conseguir el fin deseado no era la cantidad de dinero (masa monetaria), sino la tasa de interés.<sup>7</sup>

A estas alturas, la pregunta es si la política monetaria es eficaz. La respuesta es sí y no al mismo tiempo, aunque parezca contradictorio. Empecemos por el no.

Si queremos aplicar exclusivamente una política monetaria para que surta efectos sobre las otras variables económicas, como el consumo, la inversión o el pleno empleo, su efecto será escaso, casi nulo. Pero, si consideramos a la política monetaria como una ayuda que junto a otras políticas (fiscal, laboral, administrativa, etc.) coadyuven a la política general de un Estado (política macroeconómica), podemos ver que el

---

<sup>6</sup> La experiencia traumática de la gran crisis de 1929 hizo que los Estados modernos de los países desarrollados dejaran a un lado las política liberales e intervinieran activamente en la economía y el mercado, sobretodo por medio de políticas fiscales y políticas sociales. Actualmente ningún Estado industrializado moderno es “químicamente puro” en la implementación de políticas de libre mercado. Nota del tesista.

<sup>7</sup> *Enciclopedia Práctica de Economía, N° 24*. Las categorías económicas, con el riesgo de ser simplista, corresponden a un cuadro sobre política monetaria, aparecido en la p. 177

resultado puede ser provechoso.

Por ejemplo, en el caso de la selectividad en las tasas de interés (tasas subsidiadas), dicha política, por si sola, surte pocos efectos, e incluso puede ser hasta contraproducente, por lo que debe estar acompañada de otras medidas complementarias. Así por ejemplo, si un gobierno quiere abaratar los créditos para un sector económico prioritario bajando las tasas de interés, necesariamente tendrá que ir acompañada de otras medidas complementarias como: divisas necesarias para la compra de insumos importados, facilidades para el trámite administrativo-burocrático (simplificación administrativa), fuerza laboral calificada, leyes más flexibles de acuerdo al fin deseado, etc.

#### **4.2. TEORÍA NOMINALISTA Y TEORÍA VALORISTA:**

Un sistema monetario tiene que ser estable, debido a que las obligaciones dinerarias deben tener certeza en el tiempo, por lo que al pactar una cantidad de dinero dada en mutuo se especifica claramente cuánto es la cantidad prestada y la tasa de interés, que reflejará el precio del dinero, a fin que se sepa de antemano la cantidad a pagar.

El Sistema Nominalista obedece a ese criterio, es decir el Sujeto A da x cantidad de dinero al Sujeto B y éste se compromete a devolver la misma x cantidad, más el porcentaje de interés pactado.

El Sistema Nominalista funciona bien en épocas de estabilidad económica, donde la inflación es mínima; pero, en épocas de inestabilidad, con inflación abierta o, peor aún, con hiperinflación, el sistema nominalista deviene en poco viable y si se sigue aplicando, sucederá lo que nos cuenta el Dr. Galbraith ocurrió luego de la Revolución Americana.<sup>8</sup>

Por ello existe otra Teoría que, en contraposición, fundamenta

---

<sup>8</sup> Como nos cuenta el doctor Galbraith, la revolución norteamericana se financió con papel moneda inorgánico, lo que originó en la naciente república una hiperinflación pocas veces vista. Nota del tesista.



que el Capital debe permanecer igual en cuanto a poder adquisitivo que a la fecha en que se pactó la obligación, a fin que las relaciones entre acreedor y deudor se mantengan iguales, sean simétricas. Así, el sujeto A da  $x$  cantidad de dinero al sujeto B y éste se compromete a devolver  $x+1$  cantidad de dinero al término de la obligación. Es decir que la obligación no está en relación al monto nominal de unidades monetarias, sino por el valor que dicha moneda representa.

Naturalmente que esto no implica que alguna de las dos teorías se aplique exclusivamente en una época determinada, sino que cada una se adecua mejor para su aplicación de acuerdo a una coyuntura determinada. Como hemos visto, la teoría nominalista se aviene mejor en épocas de estabilidad económica, caso contrario sucede con la teoría valorista, más aplicable en épocas de inestabilidad e incertidumbre. Por tal razón, el Codificador del 84 quiso conciliar ambas en el título referente al Pago, tomando conciencia que las épocas de inquietud e inestabilidad son las más en nuestra realidad, y decidió que junto a la teoría nominalista (art. 1234<sup>º</sup>), la teoría valorista estuviera presente (arts. 1235<sup>º</sup>, 1236<sup>º</sup> y 1237<sup>º</sup>), y las partes decidan a su arbitrio cual utilizar.

El anatocismo, monetariamente, lo podemos ubicar dentro de la teoría valorista.

#### **4.3. LA REVALUACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: LA INDEXACIÓN:<sup>9</sup>**

La Revaluación de las Obligaciones Dinerarias se encuadra dentro del Sistema Valorista, que consiste en mantener el quantum del valor de la obligación con el objeto de preservarlo hasta la extinción de la obligación, siendo por lo general el indicador de referencia para reajustar la deuda una moneda extranjera considerada “fuerte” o confiable, aunque la revalorización puede ser también en función al oro o al índice del costo de

---

<sup>9</sup> Para el presente acápite uso el interesantísimo libro de Gurfunkel de Wendy, Lilian: *Depreciación Monetaria. Revalorización de deudas dinerarias*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977

vida.

En otras palabras, con la revaluación de las deudas, se consigue proteger las obligaciones dinerarias de las vicisitudes que en épocas de incertidumbre conllevan el valor de estas, dejando de lado el sistema nominalista.

Entre las ventajas que conlleva la revaluación se encuentran:

- a) Mantener la equivalencia de los valores en los contratos.
- b) Favorecer la concertación de negocios de los que surgen obligaciones a mediano y largo plazo, con la seguridad para el acreedor de recibir como contraprestación una cantidad suficiente de moneda nacional, equivalente en cuanto a poder adquisitivo a la suma originariamente pactada.
- c) Desanimar las maniobras especulativas y el retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, en desmedro de la integridad del patrimonio del acreedor.
- d) Evitar trabajosas construcciones jurisprudenciales tendientes a restablecer el equilibrio de las prestaciones.

La técnica para la revaluación es la indexación que, como sabemos, es la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones en el nivel de precios con el fin de mantener constante el valor de éstas. Los parámetros más conocidos son dos: el índice oficial del costo de vida y una moneda extranjera considerada estable y que goce de confianza general.

A estas alturas cabe una pregunta: ¿la revaluación es la solución para que las obligaciones dinerarias pactadas no pierdan el poder adquisitivo? Aplicar la revaluación a todas las deudas dinerarias indiscriminadamente sería ingresar totalmente al sistema valorista y dejar de lado el nominalista, usado tradicionalmente.

En primer lugar, habría una confusión con respecto a las

deudas a corto plazo, incluyendo las originadas por los títulos valores, como un cheque o una letra de cambio, ya que el monto de la deuda (el quantum) estaría sujeto a variaciones que harían difícil precisar la deuda contraída, tanto para los fines de la propia transacción como para los fines contables. Por ello, no es conveniente usar indiscriminadamente la revaluación de las obligaciones dinerarias debido a que pueden generarse problemas serios para precisar el monto de las transacciones inmediatas, las cuales, por otra parte, no se devalúan tanto en comparación con las obligaciones dinerarias a mediano y largo plazo, las que sí deberían ser revaluadas a fin que no pierdan el poder adquisitivo a lo largo del tiempo hasta que se extinga la obligación.

Aparte de estos problemas, la revaluación generalizada de las deudas dinerarias en un marco recesivo e hiperinflacionario puede ser contraproducente, por la indexación que conlleva. Tal como vimos, la revaluación trae una cadena de ajustes de precios, donde el precio 2 se ajusta en relación al precio 1, pero como a su vez el precio 3 se encuentra relacionado estrechamente con el precio 2, también se indexará, y así sucesivamente, y la espiral inflacionaria seguirá creciendo, salvo que existan mecanismos que ayuden a neutralizar el crecimiento de los precios.

Para terminar el presente tópico, hay que preguntarse si las tasas de interés serían incompatibles con las revaluaciones dinerarias. Creemos que no necesariamente. Las revaluaciones dinerarias se refieren al capital, a fin que mantenga el valor que le corresponde al momento en que fue pactada la obligación. El interés viene a ser el precio del dinero por el uso que se haga del mismo. Naturalmente que la tasa ya no será necesario que se encuentre al nivel de la inflación, en vista que la pérdida efectiva del poder adquisitivo del dinero se encuentra cubierto por la revaluación y las T.I. sólo reflejarán el precio por su uso y por los riesgos existentes en toda transacción, siendo un “plus”, de preferencia con una tasa fija que deberá ser pactada en el contrato.

#### 4.4. ROL DEL DERECHO:

Tenemos 3 formas por las cuales el derecho puede regular las revaluaciones de las obligaciones dinerarias<sup>10</sup>:

**a) La forma contractual:** Mediante la inserción en el contrato de cláusulas destinadas a mantener el poder adquisitivo de la cantidad de dinero pactada.

**b) La forma legislativa:** Aquí tenemos a su vez dos sub formas:

**b.1** Por leyes de escala móvil que adecuen automáticamente las obligaciones monetarias de acuerdo a números índices, en función de la devaluación monetaria en un período de tiempo determinado originada por el proceso inflacionario, y

**b.2** Reformando la legislación, en caso no se contemple una alternativa de aplicación al sistema nominalista.

**c) La Forma judicial:** La revaluación se deja a criterio de los jueces, a fin que, caso por caso, fijen el valor de la deuda. Esta forma es aplicable sobretodo en los países donde los magistrados “crean derecho” a través de la jurisprudencia, que juega un rol importante como fuente del derecho.

#### 5. INDAGACIÓN SOBRE INVESTIGACIONES PRE-EXISTENTES:

Hecha la búsqueda no se han encontrado trabajos similares al propuesto en cuanto al enfoque establecido.

---

<sup>10</sup> Gurfunkel de Wendy, Lilian: op. cit.

## **6. MÉTODOS, TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:**

### **6.1 Métodos de investigación:**

En la presente investigación se emplearán los métodos de análisis-síntesis, descriptivo-explicativo, inductivo-deductivo y el comparativo.

Con el método de análisis-síntesis, se buscará un análisis detallado del problema de investigación y a partir de allí encontrar posibles soluciones al mismo.

Con el método descriptivo-explicativo, se buscará describir y explicar el problema materia de la investigación.

Con el método inductivo-deductivo, se busca formular los principios generales a partir de los hechos materia de la investigación, deduciendo las consecuencias lógicas del mismo.

Con el método comparativo se busca encontrar símiles o diferencias con las legislaciones de otras partes del mundo.

Asimismo se utilizará el método lógico-jurídico y la argumentación a fin de sustentar las teorías expuestas.

### **6.2 Tipo y Diseño de investigación:**

La presente será una investigación descriptiva-dogmática, no experimental.

Pretende ser también una investigación multidisciplinaria, para ello

hemos tenido que recurrir no solo al campo jurídico propiamente, sino tratar el tema en un enfoque interdisciplinario, acompañando al derecho, la ciencia económica y en especial la política monetaria. Como han resaltado varios juristas nacionales y extranjeros, los intereses y la capitalización de estos, no pueden dejarse de estudiar sin enfocar el mundo económico, en vista que allí nacen, siendo el derecho apenas un instrumento regulatorio y, lo ideal, es que sepa regularlos bien. Asimismo, se utilizarán los instrumentos que posibilita el Análisis Económico del Derecho, el enfoque que otorga el Derecho Económico, así como una revisión de los principios contenidos en la constitución económica.

Asimismo, hemos querido enfocar las normas jurídicas en su eficacia en la aplicación práctica de estas. Una norma no es abstracta, no nace ni se aplica en un mundo inmaterial, sino todo lo contrario. Y, precisamente para determinar los alcances de la norma nos sirven disciplinas como el análisis económico del derecho o la misma sociología jurídica.

### **6.3. Universo y muestra:**

Al ser una investigación netamente teórica se utilizará muy restringidamente universos geográficos o población muestral.

## **7. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:**

### **7.1. Técnicas de recolección de datos:**

En la presente investigación se utilizará básicamente la *técnica documental*.

**7.2 Análisis documental:**

Se efectuará un exhaustivo análisis documental en distintas bibliotecas públicas y privadas, así como en páginas electrónicas.

## **CAPÍTULO II**

### **DERECHO Y ECONOMÍA**



## SECCIÓN PRIMERA. DERECHO ECONÓMICO

Ha sido bastante discutida la noción de *Derecho Económico*<sup>11</sup>, el alcance de la misma, si es o no una rama del derecho, qué sentido tiene.

Lo que si está fuera de toda duda es que se trata de un híbrido, una disciplina que combina la parte formal (el Derecho) con el aspecto material (la Economía). Otro hecho resaltante es que el Derecho Económico cobra notoriedad hacia fines del siglo XIX e inicios del XX, cuando el Estado decide de una u otra manera regular la economía. Vale decir vamos a pasar de un Estado Liberal donde predomina el *laissez faire* a un Estado Social con intervención de una u otra forma por parte del Estado.

De allí que el Derecho Económico cobra importancia en la Alemania posterior a la primera guerra mundial con lo que se va a conocer como *derecho de guerra*<sup>12</sup>, debido a las restricciones materiales, al pago de la deuda por los costos de guerra, y a la hiperinflación que sufriría Alemania en la década del veinte del siglo pasado. Los hechos darían paso al estudio de lo que conocemos como *Constitución Económica*, los grandes principios rectores económicos consagrados en la carta política y que desarrollaremos en la sección segunda del presente capítulo.

La otra gran vertiente de donde se nutre el derecho económico es la doctrina francesa, con el concepto de *orden público económico*.<sup>13</sup> Como bien apuntan Aimone y Silva, relativizar la doctrina privatista del derecho, donde las partes tienen plena autonomía y libertad de decidir, y hacer intervenir al estado de una u otra forma, limitando o regulando dicha autonomía:

---

<sup>11</sup> Como bien señalan distintos autores “Derecho de la Economía” es mucho más preciso. Nota del tesista.

<sup>12</sup> Aimone y Silva: La noción de derecho económico. Artículo de la Revista de Derecho de la PUC Valparaíso, 2015. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/325670423/Derecho-Economico-1>

<sup>13</sup> Op. cit.

*“Surge de esta forma, el concepto de orden público, en tanto concepto clave de la referida limitación de libertad, y en donde el Estado se instala entre las partes contratantes. Su actividad toma la forma de ley, de gobierno y de juez”.<sup>14</sup>*

Más adelante detallan los autores como procede esta regulación:

*“En el plano económico, la libertad queda sustituida por reglas relativas a la organización económica general; por el establecimiento autoritario de relaciones sociales, y por la propia economía interna del contrato”.<sup>15</sup>*

Para llegar a este punto se ha tenido que renunciar a la plena autonomía privada de las relaciones económicas y que estas “pierdan” parte de su libertad de decisión, y ser sustituidas por normas regulatorias o por decisiones judiciales. Pero, ¿cuál fue la razón para ello?

Como decíamos líneas arriba, para que se desarrolle el derecho económico, vamos a pasar de un estado liberal a uno social. Y para que se produzca ese cambio (aproximadamente de fines del XIX a inicios del XX) la economía se ha vuelto tan compleja e importante en las sociedades industrializadas de Europa que ya no puede dejarse solo en manos de privados, sino que el estado comienza a tomar decisiones que afectan ese desenvolvimiento y que afectan a la sociedad en su conjunto. El estado pasa de representar solo una clase social a ser un estado más pluriclasista, que represente a todos.<sup>16</sup>

Es un tránsito no libre de obstáculos y marcado por los acontecimientos de la época (primera y segunda guerra mundial, la

---

<sup>14</sup> Op. cit.

<sup>15</sup> Op. cit.

<sup>16</sup> Como bien anotó Federico Engels el cambio de estado que únicamente representaba los intereses de la burguesía a un estado que incorpora intereses de la clase obrera se debió al derecho al voto concedido a la clase obrera, derecho hasta ese momento limitado a los hombres que poseían renta. Nota del tesista.

revolución rusa en el viejo continente y la revolución mexicana en América, la jornada de las ocho horas, etc.), perfilando así un derecho regulador de la actividad económica.

¿Cómo se produce esta intervención del estado en la economía?

Podemos decir que tiene dos formas de intervenir, una directa y otra indirecta:

*La primera de ellas a través del ejercicio, directamente por parte del Estado, de alguna actividad económica. Una segunda forma de intervención, se ve reflejada a través de la insinuación –no sin cierta coerción– por parte del Estado al empresario, para que desarrolle una actividad económica conforme a las ideas de aquél.<sup>17</sup>*

Un ejemplo típico del primero es el rol del “Estado empresario”. El segundo es el dirigismo estatal. Es el caso cuando el estado tiene una actividad económica prioritaria y busca que los agentes económicos se encaminen preferentemente hacia ella, como es el caso de las exportaciones no tradicionales, donde existen varios incentivos para fomentar los productos con valor agregado.

Estas formas de regulación van a reflejarse en la producción normativa.

Una normativa directa de intervención regulatoria fijará los parámetros sin lugar a apelación por parte de los agentes económicos. Es el caso de, por ejemplo, el listado de precios de productos básicos que se daba antaño. El estado fija “el precio” de ciertos bienes o servicios que considera esenciales, como puede ser el de la gasolina, productos de primera necesidad, los intereses por los préstamos bancarios o el tipo de cambio. Estamos ante un dirigismo estatal.

---

<sup>17</sup> Op. cit.

En cambio, una normativa indirecta solo “sugiere” los parámetros donde pueden accionar los agentes económicos o da plena libertad, dejando de fijar precios y que estos se regulen por la oferta y demanda del mercado. Estamos ante un estado solo observador y que interviene en contadas ocasiones.

## **1. DE LA ECONOMÍA DE GUERRA A LOS ÓRGANOS REGULATORIOS**

Los cambios producidos en los últimos treinta años en las sociedades contemporáneas (de un modelo dirigista de la economía por parte del estado a uno de mayor apertura y flexibilización) ha dado lugar a una evolución del derecho económico en cuanto a su campo de estudio.

Consecuencia de las privatizaciones de empresas públicas producido tanto en América Latina como en los ex países socialistas de Europa Oriental hacia fines del siglo XX e inicios del XXI, la disminución del rol del “estado-empresario” y el énfasis en la economía de mercado, conllevan a que el derecho económico se transforme y ponga énfasis en los llamados organismos especializados en regular alguna actividad económica en particular. Inspirado en el modelo norteamericano de las “agencias” (organismos independientes con alcance delimitado en un rubro económico), el estado pasa de ser un productor económico a un regulador de la economía que interviene en cuestiones puntuales. Sea por abuso de posición de dominio, barreras burocráticas de acceso o salida al mercado, competencia, fijando tarifas de servicios públicos o resolviendo quejas de los consumidores o entre los proveedores de los servicios. Es un estado regulador que se caracteriza más que intervenir como antaño, en fijar las reglas de juego y sancionar a quienes las trasgreden.

Lo que va a traer consigo un campo bastante amplio de especialización de normas, así como una jurisprudencia abigarrada, amplia y especializada, muchas veces de carácter vinculante, producida no tanto por los órganos jurisdiccionales, sino por los órganos administrativos del estado.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

Ha sido bastante discutido el ámbito de aplicación del Derecho Económico, debido a que ha cambiado dependiendo el –digamos- “espíritu de la época”. Así, en los años 60 del siglo pasado ponía especial énfasis en el desarrollismo, cimentado en el modelo de “sustitución de importaciones”; mientras ahora –cuando el estado abandona su rol empresario- el énfasis está sobretodo en la regulación de la actividad económica ejercida por los privados.

No se considera como una “rama del derecho”, sino más bien como un enfoque transversal que abarca distintas áreas de la actividad jurídica. Personalmente lo considero como una “mirada del derecho desde la economía” a fin de ser más eficientes las normas relacionadas con la actividad económica.

De allí que el ámbito de aplicación del derecho económico haya pasado por distintas etapas y la doctrina no sea pacífica al respecto. Para algunos autores es el derecho de la organización y del desarrollo económico. Otros lo ven como la intervención del estado en la vida económica de los privados. Otros plantean que el acento debe estar en el interés general de la sociedad.<sup>18</sup> No faltan aquellos que proponen un derecho económico especial para América Latina, ajeno a las teorías europeas o norteamericanas. Algo así como un derecho económico autóctono.<sup>19</sup>

Pero si en el ámbito de aplicación no hay consenso, menos en la definición de *qué es* derecho económico. Veamos algunas de ellas que las cito in extenso:

---

<sup>18</sup> Montañó Galarza César: Concepto y campo económico del Derecho Económico. P. 149. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1763/1/RF-04-AV-Monta%C3%B1o.pdf>

<sup>19</sup> Op. cit., p. 150

“a) Conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico (Darío Munera Arango); b) Derecho de la economía organizada (R. Goldschmidt); c) Conjunto de estructuras y medidas jurídicas con las cuales utilizando facultades administrativas, la administración pública influye en el comportamiento de la economía privada (E.R. Huber); d) Derecho regulador de la economía mixta que tiene por finalidad conciliar los intereses generales , protegidos por el Estado por un lado, y los intereses privados por otro (Gustavo Radbruch); e) Conjunto de principios jurídicos que informan las disposiciones, generalmente de derecho público, que rigen la política económica estatal orientada a promover de manera acelerada el desarrollo económico (Daniel Moore Merino); f) Conjunto de técnicas jurídicas que formula el Estado contemporáneo para la realización de su política económica (Fabio Donder Comparato); g) Complejo de normas que regulan la acción del Estado sobre las estructuras del sistema económico y las relaciones entre los agentes de la economía (Alfonso Insuela Pereyra); h) El derecho económico como la rama del derecho cuyas normas y principios tienen por objeto la organización, disciplina y contral de las actividades económicas del Estado y de emprendimientos privados en lo tocante a la producción, a la circulación y al consumo de las riquezas tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional (José Wilson de Queiroz Nogueira); i) El derecho económico mexicano en el modelo neoliberal, es el conjunto de normas específicas de regulación cuyo objeto o finalidad es enmarcar los comportamientos económicos de las personas físicas o morales, tutelando intereses generales con criterios de economicidad y simplificación en el contexto de un mercado zonal (Jorge Witker)”.<sup>20</sup>

Estos conceptos tienen en común que tratan no tanto de definir qué es el derecho económico, sino su ámbito de aplicación. Ámbito que ha ido

---

<sup>20</sup> Montaña Galarza, op. Cit., pp. 151.152

cambiando con el tiempo, conforme los modelos económicos se han ido modificando. Como apuntábamos líneas arriba, en América Latina, pasamos de un desarrollismo y proteccionismo a una apertura de mercado y comercio internacional intensivo, por lo que no es extraño que el derecho económico haya ido modificando su ámbito de aplicación.

Pero, si es difícil conceptualizarlo, mucho más lo es determinar si es o no una nueva rama del derecho.

Si nuestro derecho es mayormente positivizado, el derecho económico no tiene un exclusivo campo de normas, menos un códex, como sería en el derecho constitucional, civil o penal, sino que es transversal, atraviesa a todas las ramas clásicas del derecho. Por eso podemos hablar de un derecho económico ambiental, tributario, administrativo, y por supuesto un derecho económico constitucional, civil y hasta penal. Incluso algunos hablan, atendiendo a la jerarquía normativa, sea nacional o supranacional, de un derecho económico internacional, regional, comunitario, etc.

Como decíamos el derecho económico es más una mirada en perspectiva desde la economía hacia el derecho. De allí que algunos hablan de una *Juseconomía*<sup>21</sup>, como Aníbal Sierralta<sup>22</sup> que trata de plantear una conciliación entre estas dos disciplinas, entroncándolas con el nexo común de donde provienen: la filosofía.<sup>23</sup>

La pregunta de cuál de las dos disciplinas es más importante, es un poco difícil de responder. Depende de la óptica con que se mire. Para un economista serán primero los procesos económicos; para un jurista, el derecho. Lo cierto es que se ha especulado bastante.

Algunos sostienen incluso que los procesos económicos pueden

---

<sup>21</sup> Es el caso de Aníbal Sierralta que plantea una *Juseconomía*. Nota del tesista.

<sup>22</sup> Sierralta, Aníbal: *Introducción a la juseconomía*. PUCP, 1988

<sup>23</sup> Op. cit.

cambiar o incluso ser radicalmente distintos, y el derecho no lo va a afectar. En otras palabras, podemos tener un derecho anacrónico y ello no afectará a los cambios en la economía. Para ello citan distintas experiencias históricas como los primeros años de la revolución rusa, cuyo proceso de cambio social y económico no se vio afectado por las normas del “antiguo régimen”. También han existido casos de cambios en la distribución de la riqueza realizados al amparo de constituciones conservadoras, como en la socialdemocracia de los países escandinavos. Ello daría pie a sostener que el derecho no afecta en demasía los cambios sociales y económicos requeridos en un contexto determinado.

En posición contraria se encuentran aquellos que sostienen que el derecho puede incentivar los cambios sociales y económicos a través de normas progresistas que sean de estricto cumplimiento para la sociedad y los agentes económicos. Se propugna una suerte de cambio desde el derecho y la legalidad. Citan ciertas experiencias históricas como los derechos civiles de las minorías negras en la norteamérica de los años sesenta del siglo pasado, impulsada en gran parte por la normativa de cambio que desde el gobierno federal se promulgó en aquellos años.

Lo cierto es que el derecho no contribuye mayormente al cambio de las situaciones materiales (sean económicas o sociales), más bien se va adecuando gradualmente. Cuando se tienen normas muy conservadoras o que restringen derechos, y se requiere adecuar a una situación material nueva, en más de una ocasión se debe buscar una interpretación extensiva que permita “calzar” con la nueva situación material los derechos de las minorías que estuvieron excluidas hasta ese momento. Fue lo que sucedió en los primeros años de la revolución rusa o los cambios que se dieron en los países escandinavos luego de la segunda guerra mundial.

Y los cambios legislativos que se produjeron en la norteamérica de los años sesenta fue parte de un “espíritu de la época”: presiones de los grupos minoritarios excluidos, acceso al poder político de representantes de dichos grupos. Todo lo cual permitió una corriente de cambios a los que el gobierno



federal se vio obligado a regular con normas de mandato imperativo.

La percepción que el derecho puede cambiar la realidad material ha traído como consecuencia sobretudo en los países que buscan un cambio de las condiciones económicas y sociales de las mayorías, el creer que cambiando normas fundamentales como la constitución política se podrá conseguir un cambio de dichas condiciones. Una suerte de utopía jurídica. Lo cierto es que los cambios normativos producidos han tenido siempre un sustento material.

### **3. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA**

Lo que trae a colación otro tema: la producción normativa.

Atendiendo a los denominados poderes clásicos, con una separación de competencias en cada uno, el legislativo era el encargado de emitir las normas, mientras el ejecutivo administraba el gobierno; pero, cuando el estado asume funciones más complejas, entre ellas las de materia económica, el ejecutivo comienza a producir normas, primero de inferior jerarquía que las leyes, y luego, por delegación de facultades, en equiparidad por medio de los decretos legislativos, muchos de contenido económico.

No se precisa una fecha exacta de cuándo comienza a tomar presencia legislativa el poder ejecutivo en la producción normativa, pero se coincide en que estos cambios se producen con más fuerza luego de la segunda guerra mundial. Ciertas normas no pueden esperar el debate muchas veces prolongado del parlamento, por lo que se permite que el poder ejecutivo, legisle.<sup>24</sup>

Ello trae a su vez un debate constitucional-político sobre cuál poder es más importante en la actualidad, tendiendo a coincidir que es el poder

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, los cambios en el modelo económico peruano se consolidaron normativamente gracias a un conjunto de decretos legislativos a inicios de la década de 1990. Nota del tesista.

ejecutivo el que ha ganado preeminencia frente al legislativo.

#### **4. EN CONCLUSIÓN:**

En conclusión podemos decir que el derecho económico:

- a) Es una perspectiva del derecho desde el ámbito económico. En propiedad no es una “rama” del derecho, sino que en forma transversal abarca ramas tan disímiles como el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho tributario o el derecho fiscal.
- b) Dentro del derecho civil, sus campos privilegiados de estudio son los derechos reales, el derecho contractual, de responsabilidad civil y el derecho de obligaciones.
- c) Sus fuentes doctrinales comprenden el derecho constitucional económico alemán y el derecho civil francés, donde nace la idea de “orden público económico” a fines del siglo XIX.
- d) Al determinar que son normas de orden público, estas generalmente son de estricto cumplimiento, generándose así una proliferación de normas de distinta jerarquía, desde los principios constitucionales hasta reglamentaciones vía decretos y resoluciones, convirtiéndose así el poder ejecutivo en el principal legislador de la materia.
- e) Igualmente, comienzan a aparecer una serie de organismos autónomos con competencia limitada a un área específica, conocidos como “agencias”. De inspiración norteamericana, han servido de modelo para la creación de los organismos reguladores en distintos países, organismos que han creado una nutrida y abigarrada jurisprudencia especializada al margen de los organismos jurisdiccionales.
- f) Se coincide en que el desarrollo del derecho económico se encuentra relacionado con el cambio de estado: de estado liberal a un estado social de derecho, donde tiene preeminencia el rol que juega el estado regulando la economía.
- g) El ámbito de aplicación del derecho económico es variado y generalmente ha ido cambiando con el tiempo y la visión del rol económico que tenga el

estado. Desde el estado meramente normativo, pasando por el estado empresario y el desarrollismo económico de los años sesenta hasta el estado regulador de la economía, con una presencia discrecional en el mercado

h) Y, por último y no menos importante, debemos diferenciar entre derecho económico y análisis económico del derecho. El primero es primordialmente público y está relacionado con la emisión de normas con contenido económico; mientras el segundo es un método para determinar la efectividad de una norma y que lo tocaremos en la sección tercera del presente capítulo.

## SECCIÓN SEGUNDA: LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La constitución económica o el derecho constitucional con énfasis en la economía son los principios o vigas maestras que crean el marco dentro del cual se van a desarrollar las actividades económicas y que poseen una jerarquía constitucional.

El paso del Estado Liberal a un Estado Social de Derecho (visto en la sección primera), donde el Estado asume un rol más activo en la actividad económica, posibilita la creación de normas de orden público económico de estricto cumplimiento para la sociedad y los particulares. En ese contexto, y considerando que la constitución política es la norma de mayor jerarquía en un sistema normativo -siendo por tanto más difícil de cambiar el contenido constitucional- se fijaron principios de carácter económico elevados a precepto constitucional.<sup>25</sup>

Si bien las cartas políticas siempre han tenido normas de contenido económico, el desarrollo sistemático y, podríamos decir, una suerte de “especialización” dentro del derecho constitucional, se dio con mayor fuerza luego de la II Guerra Mundial, donde muchas constituciones europeas van a recoger principios constitucionales de carácter económico, con una marcada intervención del estado.

Dentro de ellos, el más célebre es el de la constitución alemana de 1949, llamada Ley Fundamental, donde si bien no se señala que el modelo económico es el de una economía social de mercado, el desarrollo de la jurisprudencia, la doctrina y las instituciones alemanas inspirados en la Ley Fundamental han tendido a ello.<sup>26</sup>

Y, entre guerras, la otra constitución que marcó un hito, fue la de la

---

<sup>25</sup> Como señala Dalla Via “conjunto de disposiciones de rango constitucional de ordenación de la vida económica”. Citado en Kresalja-Ochoa: La constitución económica, p. 141

<sup>26</sup> Kresalja-Ochoa: La constitución económica, pp.151-152

efímera República de Weimar, que en 1919 introduce principios como el de la socialización de la riqueza, nacionalización de empresas, racionalización y planificación de la producción, función social de la propiedad, derecho a la vivienda, constitucionalización de los sindicatos y organizaciones patronales.<sup>27</sup>

En el otro lado del Atlántico, la constitución mexicana de 1917, reconoce una serie de derechos fundamentales sobretodo a favor del trabajador y de las mayorías con menos recursos, por lo cual la constitución económica señala un eje muy importante, el de la justicia social, término bastante polémico pero que se relaciona con la redistribución de la riqueza a favor de los que tienen menos bienes materiales.

Pero, ¿una constitución económica es neutral?

Definitivamente no. Todo principio tiene un sesgo ideológico. Es más, como señalan Kresalja y Ochoa, el propio Tribunal Constitucional peruano ha desestimado la tesis de la neutralidad de los principios económicos.<sup>28</sup>

Y, en el marco de una economía donde el mercado es el asignador de los recursos, evidentemente que los principios normativos van a girar en torno al mismo, dando en nuestro contexto –de inspiración alemana- la denominada economía social de mercado.

Pero, ¿qué es una economía social de mercado?

## **1. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO<sup>29</sup>**

Pocos conceptos han sido mal entendidos o peor utilizados.

Cuando recién comenzó a escucharse gracias a los constituyentes

---

<sup>27</sup> Kresalja-Ochoa: op.cit, p. 140

<sup>28</sup> Kresalja-Ochoa: op. Cit, p. 142

<sup>29</sup> El siguiente acápite es un ensayo inédito del suscrito elaborado en su estancia en el doctorado. Nota del tesista.

que elaboraron la carta del 79 su solo nombre parecía una rara avis. Los economistas lo entendían como economía de mercado, pero lo social medio que los descuadraba, aplicando el concepto como sinónimo, sin muchos matices.

Lo cierto es que en un contexto donde la actividad privada era mínima, mientras que la del estado era gravitante, como que al sistema se le llame social o no, carecía de importancia. Total, al final era el estado el principal impulsador de la economía nacional.

Así fue a lo largo de toda la década de los ochenta, hasta que en los noventa el cambio constitucional, el cuestionamiento del papel del “estado-empresario” y la ola neoliberal que inundó toda la región pusieron al día el dichoso concepto.

Se dice que en los debates de la constitución del 93 la mayoría oficialista quiso eliminar el calificativo de “social” y dejarlo como “economía de mercado” a secas, sin tantos matices, que economía hay una sola y punto. Pero, la presión pública y política los obligó a mantenerlo, muy a su pesar, y así nació la idea errónea que hablar de economía de mercado o de economía social de mercado, era hablar de sinónimos, de cosas iguales.

Entonces, en los años noventa se comenzó a usar indistintamente esos dos conceptos. Pasamos de un extremo al otro. De un estado gendarme y avasallador a un estado casi ausente, donde supuestamente *la mano invisible del mercado* iba a regular la cosa económica.

Sin embargo, el concepto de economía social de mercado quedó todavía medio en la penumbra.

Una forma didáctica de definirlo es como la presencia regulatoria del estado en las relaciones del mercado con la sociedad. Es decir, un trinomio compuesto por mercado-estado-sociedad; donde si bien se reconoce la presencia de la actividad privada como generadora de la riqueza, no menos

cierto es el papel que juega el estado a fin de otorgarle un cariz más “social” al mercado (en cierta manera se desprende de ese concepto lo que ahora conocemos como *responsabilidad social* de las empresas).

Ahora ya no se niega ese papel importante al estado. Donde todavía no se ponen de acuerdo ni economistas, ni juristas, ni mucho menos reformadores del aparato estatal, es en el grado de intervención que debería tener el estado y la forma en que debería intervenir.

Y acá los matices van de menos a más. Desde aquellos que en una posición más neoliberal prefieren otorgarle un rol discretísimo al estado, hasta aquellos que prefieren tenga un rol más intervencionista, incluyendo el polémico rol empresarial.

¿Cuál es el punto idóneo? Creo que la respuesta la tiene Aristóteles: “en el punto medio”. Ni tan poco estado que sea imperceptible e insostenible, ni tan excesivo que atrofie a las fuerzas productivas de la sociedad.

Porque lo cierto es que la economía social de mercado privilegia a la actividad privada en sus múltiples formas, por lo que se hace necesario que el estado propicie las condiciones para su adecuado desarrollo.

Pero, ¿cuál es el fin de la generación de toda esa riqueza?, ¿solo que las cifras macroeconómicas estén en azul?, ¿solo la rentabilidad, el legítimo lucro de las empresas? Para ello debemos efectuar una concordancia con el artículo 1º de la propia constitución política: *la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado*. Suena lírico, pero guarda una gran verdad que muchas veces se olvida.

Otro asunto es el *cómo* se distribuye esa riqueza generada. Ese es otro punto que hasta ahora no encuentra una adecuada solución. Lo cierto es que la distribución de la riqueza es rol casi exclusivo del estado. La cuestión es “cómo la distribuye” de la mejor manera posible, con eficiencia y equidad. Y ese es un debate que todavía no termina.

## **2. ¿DEBE EXISTIR UN APARTADO ESPECIAL DE NORMAS ECONÓMICAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA?<sup>30</sup>**

Si bien la controversia ya no es tan fuerte como antaño, todavía existe un ambiente opuesto al apartado especial para las normas económicas. Una suerte de “rechazo” a un tema que los abogados no lo ven como “puramente jurídico” o, peor aún, no lo comprenden, olvidando que el derecho debe regular las actividades humanas y, una de las más importantes, es la economía.

Entre nosotros es relativamente reciente el dedicarle un apartado especial a las normas económicas. Data de poco más de treinta años, con la Constitución de 1979.

Tema nuevo y que requirió algunos años para asentarse en el medio. Poco comprendido entre los juristas locales, algunos incluso han preferido omitirlo o dedicarle apenas algunas líneas al apartado económico.

Repetir lo de siempre, que vivimos bajo una “economía social de mercado” como que le ha vaciado de contenido al tema y no hemos profundizado en qué consiste. Debemos tener presente que gobiernos tan disímiles como los que hemos tenidos en los últimos cuarenta años han gobernado al cobijo de este modelo de economía que, por cierto, no nació de las doctrinas económicas propiamente, sino de las encíclicas papales.

Pero, ¿qué características tienen las normas del apartado económico?, ¿son normas enteramente garantistas de derechos y seguridades a favor de la persona o también regulatorias de la actividad económica del estado?

---

<sup>30</sup> El siguiente acápite es un ensayo inédito del suscrito elaborado en su estancia en el doctorado. Nota del tesista.



A diferencia de las normas de otros apartados de la Constitución Política, las normas económicas son un híbrido, contienen de los dos. Contienen tanto garantías y seguridades jurídicas a favor de la persona (entendida esta como natural o jurídica, nacional o extranjera), como regulaciones propias de la actividad económica del estado. Y muchas veces en un solo artículo se encuentran ambas características, como sucede en el artículo 62º sobre la libertad de contratación. En el primer párrafo menciona los alcances de la libertad contractual y, acto seguido, en el segundo párrafo, habla sobre los polémicos contratos-ley suscritos por el Estado.

Otro punto de controversia es acerca del tipo de normas que debe contener el apartado económico. ¿Normas reglamentaristas que detallen lo mínimo de la actividad económica o normas solo principistas que sean mas bien “la viga maestra” del sistema económico?

Creo que los últimos llevan la razón. Una de las causas por la que gobiernos sucesivos han podido “convivir” con el apartado económico de la Constitución del 93 es debido al amplio espacio de maniobra que les permite los principios económicos. “Vigas maestras” de carácter principista y lo más abierto posible. Eso da libertad para que cada gobierno ponga énfasis en algún aspecto determinado, sin necesidad de “reformular la constitución” a cada momento.

Algunos me replicarán ¿y las instituciones? Creo que es uno de los aspectos más delicados. Las instituciones de una carta política no se afianzan por su mera creación, solo el tiempo les puede permitir “echar raíces”. El tiempo y el uso por los hombres hasta que se vuelven costumbre y algo tan natural como respirar.

Igual intensidad causa la polémica sobre el fin último de la actividad económica y su inclusión en un apartado especial de la Carta Política. ¿Cuál es el fin último de dedicar un apartado especial a la actividad económica: la economía misma o la persona?

Si hacemos una concordancia con el artículo 1º de la Constitución Política, indudablemente es “la persona humana” como dice tautológicamente la carta del 93 (y la del 79 también).

El asunto está en cómo “beneficia” esos alcances a la persona. Algunos sostienen que debe ser con una intervención fuerte y directa del estado, lo que debe expresarse en las normas del apartado económico. Otros, en cambio, sostienen que mientras exista menos estado, mejor. Que el estado solo debe crear las condiciones para la generación de la riqueza (tal como reza el artículo 59º) y el resto debe dejárselo al sector privado. Él se encargará de crear la riqueza y esta, asignada por el mercado, llegará por “chorreo” al resto de la sociedad.

¿Quién tiene la razón?

Creo que ninguno y los dos al mismo tiempo. La experiencia ha demostrado que la sociedad se beneficia de la riqueza generada por la actividad privada, pero para que “llegue a todos” y sea equitativa la distribución, es necesaria la participación del estado. Nos guste o no.

A estas alturas queda claro que debe existir un apartado económico en “la ley de leyes”. El asunto está en cómo regularlo. Nada más, nada menos.

### **3. EL ASPECTO IDEOLÓGICO E HISTÓRICO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA<sup>31</sup>**

Muchas veces se tiende a creer que las normas del apartado económico de la Constitución Política son “químicamente puras”, producto de ideales etéreos que se dirigen al bien común. Suena bonito, pero las más de las veces obedecen a un trasfondo ideológico e histórico, como todas las

---

<sup>31</sup>El siguiente acápite es un ensayo inédito del suscrito elaborado en su estancia en el doctorado. Nota del tesista.

normas de una carta política.

Tomemos como ejemplo la Constitución vigente, la del 93. La inspiración liberal que se vivía cuando fue promulgada es notoria. Trasuda los artículos del apartado económico. Libertades individuales casi irrestrictas. El “consenso de Washington” de aquella época era evidente.

También lo es las llamadas “normas candado”, que limitan la intervención del estado en materia económica y especialmente en su rol de empresario. Claro, la desastrosa participación que le cupo al estado peruano entre las décadas del setenta y ochenta como empresario justificó y hasta obligó a una cláusula de esa naturaleza, y cuando se ha querido modificar la presión en contra ha sido muy fuerte. Como que la sensación de lo acaecido en el pasado sigue latente en la conciencia colectiva.

Otra pregunta que ronda el tema es ¿por qué, pese a los múltiples ofrecimientos y hasta amenazas de los candidatos presidenciales de la última década de cambiar el apartado económico, no lo hicieron cuando llegaron al poder y los principios generales del Régimen Económico se han mantenido invariables desde su vigencia?

Creo que la respuesta no solo se debe a los “poderes fácticos” que están detrás de todo presidente de la república sin importar su signo o color político, sino a otros factores adicionales como la vigencia (aunque atenuada) del marco ideológico de la carta del 93, el mal recuerdo que todavía guardan los peruanos del desastroso papel del “estado-empresario”, lo que naturalmente es reavivado por los medios de comunicación relacionados con estos poderes que prefieren que las cosas no cambien. En suma, es una combinación de múltiples factores.

En lo formal también influye el hecho que el apartado económico tiene solo unas cuantas normas principistas y algunas “tipo candado”, lo que otorga un marco general bastante amplio, donde se han sentido más o menos cómodos los sucesivos gobiernos constitucionales, cada uno

poniéndole el énfasis en algún aspecto, pero respetando el marco. Ello ha posibilitado cierta estabilidad que permite afianzar las instituciones del apartado económico. Y ya cuentan con más de veinte años, lo que ha permitido “echen raíces” en la sociedad.

Con todo, y sin proponer cambios radicales, creo ya es hora se debata sobre la posibilidad de reformar algunos aspectos del apartado económico. Por ejemplo, por qué no incluir una norma elevada a precepto constitucional sobre la facultad de planificación que le corresponde a todo estado.

Uno de los errores del neoliberalismo de los noventa fue quitarle ese atributo al estado peruano. El “dejar hacer, dejar pasar” se impuso en detrimento del deber del estado de planificar. Tenemos un organismo que tímidamente viene ejerciendo ese papel, pero como que parece “la cenicienta” del estado. Es más, nadie le hace caso. Debería otorgársele un estatus constitucional y “empoderarlo”.

Igual sucede con el debate de temas aparentemente más “técnicos” como la regulación de los monopolios. Ya vimos lo sucedido cuando una empresa privada de telecomunicaciones tuvo por largos años el monopolio de los teléfonos. Pasamos de un monopolio estatal ineficiente a otro privado, eficiente en cierto sentido, pero excesivamente caro y, lo peor, abusivo con los consumidores, los que no podían optar frente a otra alternativa porque sencillamente no existía.

De la misma forma pasa con los organismos reguladores. Regularn poco y mal, o en todo caso regulan hacia un lado en perjuicio del otro, del de la mayoría. No es necesario ser muy zahorí para darse cuenta de las razones de este desempeño poco favorable para los consumidores.

En fin, son temas debatibles, que para silenciarlos ya no requieren el “tabú” de la no intervención del estado o de la ineficiencia de este. Se trata de un nuevo papel del estado, más “técnico”, eficiente, “weberiano”, pero no

por ello exento de una carga ideológica.

#### **4. LOS CONTRATO LEY<sup>32</sup>**

Una de las instituciones jurídicas cuyo contenido cambió en pocos años fue el de los contratos ley. Del interés social o público pasamos a las seguridades y garantías que el estado otorga a los inversionistas particulares. Un cambio de 180°.

El primer antecedente que tenemos en nuestro derecho positivo que hace mención a los contratos ley es el artículo 1357° del Código Civil, que señalaba:

“Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.”

De lo que se desprendía que el requisito primordial para que el Estado establezca garantías y seguridades en su contratación estaba sujeto a razones de interés social, nacional o público.

Está concepción principista del interés social o el interés público tenía como sustento ideológico el proteccionismo que se vivía en la época que fue promulgado el Código Civil (año 1984), donde si bien vivíamos ya bajo un gobierno democrático, a nivel ideológico todavía se “respiraba” el pensamiento de la fase reformista del gobierno militar de la década de los años 70, muy intervencionista todavía en materia económica y social, y no había llegado a estas latitudes la ola neoliberal que sacudió América Latina y el mundo en general en los años 90.

Por esa razón, había que esperar a la promulgación de la Constitución

---

<sup>32</sup> EL SIGUIENTE ACÁPITE ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/) Y [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://iuserquitas.blogspot.com)

del año 93, promulgada en un contexto mundial pro mercado y anti-Estado, y por un gobierno abiertamente neoliberal y pro inversiones extranjeras, para encontrar una mención expresa a las garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contratos ley.

El artículo 63º, segundo párrafo, indica textualmente que:

“Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Y qué dice el párrafo precedente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Las razones de *interés social* o *interés público* establecidas en el Código Civil, hace apenas algunos años atrás, ya no se mencionan, existiendo incluso hasta una confrontación de ideologías subyacente al interior de ambos artículos; mientras el Codificador del 84 tiene todavía una visión proteccionista que debe otorgar el Estado a la Sociedad, en aras del interés público o social, el Constituyente del 93 es netamente contractualista, despoja al Estado de su *ius imperium* soberano para pactar como un particular más, rescata la concepción latina del *pacta sunt servanda*, propia del derecho contractual, y lo eleva a precepto constitucional: el *acuerdo de voluntades* debe primar sobre el interés público. Por tal razón, el artículo 63º de la carta política está redactado de tal forma que cualquier intento de modificación de un contrato ley por un gobierno posterior no se podría realizar sin el consentimiento de la otra parte.

Esto trajo como consecuencia que en conyunturas de bonanza económica sean irrevisables los contratos-ley suscritos por el Estado con particulares, debido a que los términos contractuales no pueden ser modificados a futuro ni por ley ni por acto unilateral del estado.

Estas garantías de irrevisibilidad de los contratos obedecen, naturalmente, primero a la visión liberal contractualista por medio de la cual el contrato es *ley entre las partes*, actuando el Estado como un particular más y donde no cabe revisión por ninguna autoridad de lo pactado en el mismo, debiendo respetarse al mínimo todas las cláusulas. Naturalmente que esta visión contractualista no se produce por hecho espontáneo, sino debido a que en el pasado el Estado en muchas oportunidades ha desconocido sus propios acuerdos, actuando con un *ius imperium* arbitrario, propio más de una monarquía absolutista que de un Estado democrático de derecho. Ese desconocimiento de lo que pactaba propició que se elevara a rango constitucional la irrevisibilidad de los contratos que suscribía, otorgándoles *fuerza de ley*.

Otra razón estribó en que el Estado peruano en los años 90 estuviera, como muchos otros estados de la región, a la *caza* de inversiones extranjeras. Debemos tener presente que en la visión neoliberal sólo invirtiendo masivamente en distintos sectores económicos se podrá conseguir empleo, y al haber empleo se elevará la calidad de vida de los trabajadores y sus familias y se producirá una cadena de consumo que reactivaría la economía: por tanto la *receta* sin ambages es dejar que las *fuerzas del mercado* actúen sin trabas de ninguna especie. Esa *receta* la aplicaron muchos países de la región, que también suscribieron contratos ley.

En resumidas cuentas, la ideología que insufla al artículo 1357º del CC contiene una primacía del interés social, para lo cual el Estado utiliza su *ius imperium* en todo su vigor; mientras que la ideología que tiñe al artículo 62º de la Constitución es marcadamente liberal-contractualista, producto del auge que se vivió en la época de su promulgación, donde se preconizaba

una reducidísima presencia del Estado en la actividad económica.

\*\*\*\*\*

Los contratos ley en sí no son ni malos ni buenos.

Evidentemente que es necesario que el Estado cumpla con su palabra. Un síntoma del subdesarrollo es precisamente el de un estado incumplidor de sus obligaciones o como decimos entre los peruanos *el estado perromuertero*, el primer trasgresor de normas.

El Estado debe ser el primero que debe cumplir con sus obligaciones sean las externas o con sus ciudadanos. Una forma de garantizar ese cumplimiento fue por medio de los contratos ley, sobretodo tratándose de inversiones extranjeras a largo plazo que requieren un periodo de maduración temporalmente extenso.

El Estado al suscribir un contrato ley actúa como un particular más y no como un gobernante, por lo que los contratos celebrados caen bajo el ámbito del derecho privado, si bien será necesario una serie de actos administrativos –derecho público- para darle precisamente esa *fuera de ley*. Pero en esencia actúa bajo el ámbito del derecho privado.

Lo que está en tela de discusión es el contenido materia del contrato. ¿El Estado negoció bien o mal las cláusulas contractuales? Es lo que sucedió, por ejemplo, con las regalías mineras y por hidrocarburos ¿Fue demasiado complaciente en el asunto de las regalías y no previó ninguna cláusula que estableciera un *plus* para el Estado y por ende para la sociedad, de subir el precio internacional de los minerales? Lo que estaba en debate era más las regalías que la formalidad de los contratos ley (así como lo que estaba en debate con Telefónica, en su momento, era más la renta básica que el contrato ley en si).



\*\*\*\*\*

En una posible reforma de la Carta Política del 93, creo que los contratos ley deben continuar elevados a rango constitucional, da más garantía y estabilidad al país y al inversor extranjero; pero también debe permitirse que el Estado use su *ius imperium* para casos excepcionales de *interés público*. Eso sí, el uso del *ius imperium* en un Estado social y democrático de derecho debe ser utilizado con mucha discrecionalidad, jamás de forma arbitraria.

Salidas hay varias, aunque la principal y más oportuna no deja de ser el incluir cláusulas de salvaguarda en los contratos ley para situaciones excepcionales que pueden presentarse a futuro, como el alza internacional del precio de los minerales. Un contrato ley no deja de ser un contrato, y un buen abogado sabe que debe proyectarse a situaciones que pueden presentarse después de suscrito, a fin de pactarlo en el contrato que se negocie. No se necesita ser adivino para saber que los precios de los minerales sufren oscilaciones y como bien pueden estar a la baja, luego pueden estar en subida. No es difícil ni complicado incluir esas posibilidades en un contrato.

Quizás los neoliberales digan que la solución es demasiado *intervencionista* y a los estatistas les parezca demasiado *tibia* (los extremos se tocan); pero como diría Aristóteles hace más de dos mil trescientos años, la verdad no se encuentra en los extremos sino en el justo medio.

## 5. MONOPOLIOS Y POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO: APUNTES PARA UNA EVENTUAL REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA<sup>33</sup>

### I

Es recién con la Constitución de 1979 que vamos a tener un apartado sistemático con respecto al régimen económico. Las diferencias entre el régimen contenido en la carta del 79 y la del 93 son abismales. Obedecen a concepciones económicas totalmente distintas, mientras la carta del 79 tiene un esquema keynesiano, en el cual se le otorga al Estado un papel bastante activo, de un dirigismo estatal; la actual se encuentra dentro de la concepción económica neoliberal, de laissez faire absoluto y con una participación secundaria y bastante tímida por parte del Estado. Las explicaciones de uno y otro modelo obedecen a la ideología que los sustenta y al contexto socio-económico mundial en que fueron promulgadas ambas cartas y cuya repercusión se sintió también en nuestro país.

### II

En el artículo 133º de la Constitución de 1979, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, ordenaba la prohibición de cualquier forma monopólica.

A la letra el artículo indicaba:

*Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.*

Como se colige del artículo, el mandato imperativo del Estado estaba

---

<sup>33</sup> EL SIGUIENTE ACÁPITE ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/) Y [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com)

en contra de cualquier forma u ejercicio monopolístico y demás actividades que atentaran contra el normal funcionamiento del Estado y por extensión de la sociedad. Es una regla explícita de tipo prohibitivo.

Sin embargo, en la Constitución vigente de 1993, la mención referente a los monopolios cambia sustantivamente, ya no se hace mención a la prohibición de monopolios de facto, sino al abuso de posiciones dominantes en el mercado.

A la letra el artículo 61º en su primer párrafo señala:

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

La única salvedad al monopolio es con respecto a los medios masivos de comunicación (*La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social ... no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.* Art. 61º, segundo párrafo del art. 61º).

### III

Existe una diferencia sustancial entre prohibición de monopolios y combatir abusos originados por posiciones dominantes en el mercado. El primero va al hecho en si (el monopolio), el segundo al resultado o efecto del monopolio generado; coligiéndose por la forma de redacción y contenido del artículo que la carta del 93 permite la existencia de monopolios, siempre y cuando no abusen de su posición como tal.

La pregunta que viene a continuación es si existe algún monopolio que no abuse de su posición de privilegio en el mercado.

Si bien la pregunta puede parecer ingenua (algo así como

preguntarse si existe algún animal carnívoro que sea vegetariano), parece que para los constituyentes del 93 no lo fue tanto.

#### IV

Los monopolios pueden formarse de distintas maneras y su clasificación atiende a distintos criterios. Pueden ser públicos (del Estado) o privados; pueden ser también naturales (aquellos que se generan en el mercado al no tener competidor) o por ley (otorgando el Estado concesión a una sola empresa para que preste un servicio u ofrezca un bien al consumidor sin competencia de ninguna clase). Pueden estar en un sector de la economía o en varios. Sea el origen que tengan, los monopolios nunca han sido buenos para el consumidor, debido a que al ser los únicos en un mercado, siempre estarán en posición de elevar el precio de su bien o servicio ofrecido, e incluso de bajar la calidad del mismo debido a la falta de competencia y por tanto a la imposibilidad del consumidor de poder elegir. No existe monopolio bueno, siempre ejercerán una presión para subir su precio en perjuicio del consumidor (la salvedad son los monopolios públicos que, como el caso del agua, se encuentran subsidiados, aunque esa exclusividad genere perjuicios colaterales, pero ese es otro tema).

La puerta que abrió la carta del 93 con respecto al criterio con que trató los monopolios, “combatiendo” los abusos de posiciones dominantes en el mercado, quedó en mera declaración lírica cuando las instituciones no funcionaban como debían, y los monopolios usaban todo su poder fáctico, consiguiendo ventajas del poder político.

Un ejemplo claro de mal funcionamiento de instituciones reguladoras y uso del poder fáctico lo tuvimos con Telefónica en sus primeros cinco años. Creo que nadie puede arguir que el organismo regulador –OSIPTEL- actuó en defensa del consumidor, “combatiendo” las posiciones dominantes en el mercado de esta trasnacional de las telecomunicaciones. Si a eso le sumamos la “llegada” que tenía la empresa al gobierno de turno en los noventa, era escaso –por no decir nulo- el beneficio al consumidor con

respecto al precio que cobrara la trasnacional por el servicio brindado (véase la secuencia histórica de cómo subió el precio de la renta básica en los cinco primeros años, aunque a eso se le llamó eufemísticamente “sinceramiento”).

## V

Es muy difícil combatir el abuso de las posiciones dominantes de una empresa monopólica, ya que se requiere de una regulación técnica y legal que es prácticamente imposible, así como de todo el apoyo político del gobierno de turno. De allí que los Estados prefieran combatir la causa (el monopolio) antes que el efecto (el abuso de la posición dominante). Es por eso que Estados Unidos (el paradigma por excelencia de la libre competencia) tiene una ley anti-trust que prohíbe los monopolios (el Acta Sherman Antitrust de 1890). Ellos saben muy bien por propia experiencia los perjuicios que trae un monopolio en el mercado al imponer el precio que quiere para su producto o servicio. Incluso, cuando una empresa tiene una posición dominante en el mercado sin ser monopolio prefieren que sea escindida en partes autónomas (con venta de acciones a terceros) a fin de no perjudicar al consumidor. (En EEUU y Europa hubo un problema de esta naturaleza con la empresa Microsoft, que sin ser la única que ofrece productos de software, tiene una posición dominante en el mercado).

Por todas las experiencias que hemos atravesado en la década pasada a raíz del monopolio en telefonía fija, es recomendable que en una eventual reforma de la Constitución Política, retornemos a la prohibición de todo tipo de monopolios, incluyendo los monopolios del Estado, a fin de propiciar y sostener una sana competencia, mecanismo idóneo por excelencia para beneficiar al consumidor.

Demás esta decir que lo mejor siempre será que exista en el mercado una sana competencia, de allí que el retorno a la prohibición de prácticas monopólicas que se establezca en una eventual reforma constitucional, debe estar acompañado de una legislación de menor jerarquía que robustezca a

los organismos reguladores y se les deje actuar en una total independencia y transparencia, así como de sanciones de tipo administrativo (fuertes multas) y –aunque no soy muy amigo de las sanciones penales- de una penalización mayor para los que fomenten este tipo de prácticas monopólicas que siempre van en perjuicio del consumidor.

### SECCIÓN TERCERA: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Pocos temas han sido tan confusos y tan inadecuadamente desarrollados, al igual que polémicos, como el denominado Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>34</sup>. ¿Es una “rama” del derecho?, ¿un enfoque especial como el derecho económico?, ¿una “fusión” de derecho y economía?, ¿el AED tiene un sustrato ideológico que lo hace “impuro”?

Lo cierto es que más es un método, una “guía para la acción” si se quiere<sup>35</sup>, ello debido a que aplica conceptos del campo de la microeconomía al derecho, a fin de determinar si una norma jurídica es efectiva para la sociedad o no.

Haciendo un poco de historia, el AED se desarrolló en los años sesenta en las Universidades norteamericanas de Yale y Chicago, siendo sus principales exponentes Guido Calabresi y Ronald Coase respectivamente, este último Premio Nobel de Economía 1991. Posteriormente, Gary Becker (también Premio Nobel) trasladó el AED a la conducta humana, lo que revolucionó en cierta manera temas como el matrimonio o el número de hijos por familia.<sup>36</sup>

En nuestro país, el AED cobró vigencia a partir de los años ochenta con Hernando de Soto y su libro *El otro sendero* (1986), donde aplica herramientas de AED para estudiar la informalidad y proponer soluciones

---

<sup>34</sup> Uno de los que “satanizó” en nuestro medio el AED fue Mario Castillo Freyre con su opúsculo “Analizando el análisis: autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil”. PUCP. De la lectura se infiere que maneja y comprende escasamente los instrumento del AED

<sup>35</sup> En la siguiente exposición voy a utilizar sobretodo, y haciendo un apretado resumen, la obra de Alfredo Bullard “Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales”. Y si bien Bullard desarrolla más el AED “liberal” (hay otras corrientes, incluso algunas más de “izquierda”), lo cierto es que ha sido uno de los principales divulgadores en nuestro medio del AED.

<sup>36</sup> La aplicación del AED al número de hijos de una familia de escasos recursos que parece un sinsentido económico, quizás no lo sea tanto. A mayor número de hijos, mayor fuerza de trabajo y por tanto mayores ingresos familiares. Aparte que los servicios básicos de esa familia como salud o educación se encuentran, mal que bien, cubiertos por el estado, por lo que el costo del servicio – a diferencia de una familia de clase media o alta- es cero para ellos.

que, en ese momento, iban hacia la titulización, concepto que luego, en los años noventa del siglo pasado, se aplicó con fruición desde el Estado, vía instituciones como Cofopri.

El AED no es ideológicamente aséptico. Tiene un sustrato liberal, donde se privilegia la economía de mercado, como sucede en la Escuela de Chicago; pero existen tendencias, como la Escuela de New Haven, donde se privilegia el enfoque más “social” o ensayistas como el citado Guido Calabresi que van más allá de la mera eficiencia de una norma. O el AED “institucionalista” que se preocupa de las relaciones mutuas entre los procesos legales y económicos y no únicamente a la aplicación de la microeconomía al derecho.<sup>37</sup>

Las herramientas que aplica el AED tienen que ver sobretudo (aunque no únicamente) con dos ejes básicos: los costos de transacción y las externalidades.

## 1. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Los costos de transacción desarrollado por Coase, viene a ser el costo de usar el mercado. Si el costo es cero para las partes, no importa la solución legal que se de, en vista que el costo de transar prácticamente no existe, representado en el célebre teorema de Coase<sup>38</sup>:

*“Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente”.<sup>39</sup>*

---

<sup>37</sup> Ana María Arjona y Mauricio Rubio Pardo: El análisis económico del derecho. Disponible en:

<https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>.

<sup>38</sup> Bullard, op.cit, p. 108

<sup>39</sup> Bullard, op. cit



Lo que propone Coase es que el mercado es el gran asignador de los recursos, por lo que se debe tender a que su uso sea lo más bajo posible para las partes. A mayor costo de transacción (sea en dinero, tiempo o esfuerzo), su utilización será menor o las partes buscarán alternativas extralegales como la informalidad.

Pero, al no existir en la realidad un “costo cero”, Coase planteó un segundo principio, complementario al primero que señala:

*“Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, si importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución legal más eficiente”.<sup>40</sup>*

Esta “solución legal” debe propender a ser lo más baja posible a fin que la asignación de recursos no se encarezca.

Ahora bien, dentro de la óptica liberal de Coase, el encarecimiento de los costos de transacción se refleja en el precio. El precio no es solo lo que vale un producto, sino es un indicador de su escasez o abundancia en el mercado (a mayor abundancia el precio es menor y a mayor escasez, todo lo contrario), por lo que manda “señales” de su escasez o abundancia.<sup>41</sup> De allí que para que el bien o servicio sea accesible, el precio donde se refleje “el costo de transacción” debe ser lo menor posible. Y que, posiblemente, las “buenas intenciones” hagan más bien encarecer los costos.<sup>42</sup>

¿Elo implica que el Estado no debe intervenir en los costos de transacción?

No necesariamente. Si bien en la óptica coasiana el estado no

---

<sup>40</sup> Bullard, op. cit.

<sup>41</sup> En esa óptica se prohíbe toda intervención del estado en la fijación de un precio o en poner “techos” al mismo.

<sup>42</sup> Uno de los ejemplos más usados y que Bullard lo recoge en su libro es el del pago del arriendo por la viuda. Allí se señala que por hacer un bien social, como congelar el precio de arriendo a una viuda (control de precios), el costo de transacción para los demás subirá, en vista que las señales que se manda al mercado van en el sentido que los arrendatarios o no querrán alquilar sus bienes o el precio de los mismos tenderá a subir más allá de lo razonable.

debería intervenir o su intervención debería ser mínima, sea a nivel legislativo o de fiscalización, lo cierto es que en ningún país el estado deja de intervenir, en mayor o menor medida, dado que necesariamente muchos bienes o servicios deben ser regulados, papel que le corresponde al estado. Es más el estado ha tomado parte activa en esta faceta economicista, sea legislando (la simplificación administrativa por ejemplo) u otorgando titularidades a los poseedores de lotes de terreno (con lo que se “formaliza” las propiedades inmuebles).

Quizás lo importante es que la regulación del estado no perjudique o haga subir los costos de transacción innecesariamente. Es un delicado punto intermedio que muchas veces es difícil de conseguir.

## **2. LAS EXTERNALIDADES**

Las externalidades vienen a ser las consecuencias de un costo de transacción. O como diría Bullard “los costos o los beneficios no contratados”.<sup>43</sup> Pueden ser positivas cuando la externalidad es beneficiosa para los demás. Es el caso del precio, cada vez menor, de los aparatos tecnológicos de última generación. Pero también pueden ser en sentido contrario, negativas, cuando afectan a los terceros. Es el caso de la contaminación ambiental producida por los vehículos automotores.

Las externalidades positivas están relacionadas con la abundancia del bien o servicio en el mercado y que permite su acceso a casi todos a un precio razonable. También con la tecnología y la masificación del producto elaborado. Usualmente los aparatos de última generación tienden a “envejecer” rápidamente y bajar su precio en el mercado.

Las externalidades negativas tienden a estar relacionadas con el perjuicio que una transacción puede causar a terceros. Puede ser por posiciones dominantes en el mercado como monopolio u oligopolio o

---

<sup>43</sup> Bullard, op. cit, p. 46

concertación de precios que encarecen el producto; o los perjuicios que, por ejemplo, los vehículos automotores antiguos causan al medioambiente. Evidentemente que este tipo de externalidades deben ser “corregidas” por el estado.<sup>44</sup>

Pero, existen externalidades negativas también causadas por el precio accesible a casi todos en el mercado. Es el caso de las drogas no autorizadas. El precio de un gramo de cocaína en Perú es mucho menor –al ser el Perú país productor- que el precio pagado en Europa. Pero también se encuentran las drogas sintéticas en los países desarrollados, cuyo precio es asequible a los más pobres, pero más perjudicial para el organismo humano que las “drogas naturales”.<sup>45</sup>

### 3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN BALANCE

Creo que el AED llegó para echar raíces. Como ha sucedido en otros países de América Latina (y de la propia Europa continental), quizás no con la fuerza con que se desarrolló en los EUA, pero ha permitido refrescar las interpretaciones jurídicas más allá de la retórica dogmática. En gran parte vino en los años ochenta del siglo pasado, pero su desarrollo significativo se dio en la década siguiente, ya en el marco liberal del modelo económico imperante. La creación de instituciones como Indecopi, Cofopri o los organismos reguladores deben mucho a esta óptica.

En cambio, la bibliografía significativa en nuestro medio es escasa. Mayormente son artículos en revistas de derecho, algunas tesis y en libros dos son capitales. El de Bullard, ya citado, que ha sido el gran divulgador en nuestro medio del AED, y el otro es el de Hernando de Soto, *El otro sendero*, que significó colocar los cimientos para las grandes reformas liberales que vinieron en los años noventa: simplificación administrativa, titulización de

---

<sup>44</sup> Prohibiendo los monopolios o las posiciones dominantes en el mercado, o retirando de circulación o gravando con un fuerte impuesto los vehículos automotores con una cierta antigüedad. Nota del tesista.

<sup>45</sup> Lo que lleva a su vez a la polémica de legalizar o reprimir las drogas no autorizadas. Nota del tesista.

predios, formalización de la propiedad.

En nuestro medio faltó un desarrollo más social del AED. El AED desarrollado ha sido más el de la Escuela de Chicago, con clara predominancia de la economía de mercado y de las corporaciones; pero existen otras tendencias igual de interesantes del AED que han sido escasamente desarrolladas en nuestro medio. Como sucede con los comportamientos humanos o las relaciones institucionales.

Por otra parte, el AED si bien es una herramienta útil para el análisis de normas jurídicas y casos concretos, el peligro es sobretodo reducir todo a un econocimismo bastante elemental. El pretender solo buscar la “eficiencia” de la norma en detrimento de valores universales como justicia o equidad, puede dar lugar a interpretaciones muy burdas en contraposición a otras mucho más elaboradas que permitan una visión de conjunto.

Igual sucede con la “interpretación de clase” que se le ha querido achacar al AED. Los críticos afirman que favorece a las grandes empresas – y a los grandes estudios que asesoran a esas grandes empresas- cuando se trata de una norma que es criticada. Se le otorga un sesgo social o económico de interés de parte. Si bien el AED no es “químicamente puro”, mucho de su interpretación va a corresponder a quien haga la interpretación, que puede tener por supuesto un interés económico, de clase o un sesgo ideológico determinado.

Y, para terminar, en cuanto al sesgo ideológico, evidentemente el AED debe mucho al desarrollo teórico de la economía de mercado y su aplicación es más fluida en este campo. No obstante ello, el desarrollo del AED y de distintas escuelas, ha permitido el estudio de otros campos del derecho, más allá de lo meramente corporativo, como son las conductas humanas o las instituciones jurídicas. La familia, el matrimonio, el número de hijos, legalizar o no las drogas prohibidas o la profesión que se quiere estudiar pueden ser enfocados desde el AED. Reitero, sin caer en las simplificaciones.

#### **SECCIÓN CUARTA: ECONOMÍA Y DERECHO DE OBLIGACIONES.- UNA REFLEXIÓN PERSONAL**

Quizás el derecho de obligaciones -de las distintas ramas del derecho civil- sea el más cercano al mundo de la Economía. Y lo que ha antecedido ha sido una suerte de sustento de esa relación. A veces visible, a veces no.

Por la estructura que tienen las normas obligacionales ha sido posible que perduren a través del tiempo y de los sistemas económicos. Normas abstractas y genéricas, bastante escuetas, casi son sentencias, lo que ha posibilitado su “adecuación” a los diferentes cambios que ha sufrido la economía, no solo en nuestro país, sino en el mundo. Haciendo una comparación, es como lo que sucedió con la constitución norteamericana, que por más de doscientos años se mantiene con ligeros cambios debido a la forma y redacción de su articulado, bastante amplio y genérico, que ha sido completado con interpretaciones jurisprudenciales.

Eso trae a colación un tema: si el derecho de obligaciones debe independizarse del resto de libros del Código Civil o se debe mantener como ha sido la sistemática tradicional.

Algunos sostienen que debería existir un código autónomo del derecho de obligaciones y en especial de las obligaciones dinerarias, aplicable a las distintas ramas del derecho.

En lo personal creo que no.

La ventaja que tiene el Código Civil es que sus disposiciones son aplicables en forma general, no solo para el caso de los privados, sino supletoriamente entra a tallar en otras áreas, incluyendo el derecho público. Es la ventaja de tener normas tan abstractas y genéricas.

Igual sucede con aquellos que sostienen que el derecho de

obligaciones debería “adaptarse” al derecho constitucional, en especial a los derechos fundamentales.

Lo cierto es que ello se ha dado sin necesidad de una adaptación expresa. Ha habido casos en los que el propio Tribunal Constitucional ha aceptado acciones de amparo con contenido patrimonial y, en especial, del derecho de obligaciones, sin necesidad de ir hacia una “constitucionalización” de los mismos.

Lo que sucede es que muchas de las instituciones del derecho de obligaciones proceden del derecho romano y lo que se ha hecho es “perfeccionarlas” a través del tiempo. Son instituciones que han atravesado la economía esclavista, la feudal, entraron de lleno a la economía capitalista de mercado y hasta se utilizaron en la economía socialista de la extinta Unión Soviética, gracias a esa abstracción y generalidad.

Otro detalle es su laconismo. Salvo excepciones (como el art.1138º del CC sobre reglas de obligaciones de bien cierto), usualmente son sentencias cortas, lo que facilita su aplicación a cualquier área de la actividad económica, incluso en áreas que aparentemente son ajenas a la economía, como el derecho de familia. ¿Quién podrá decir que no tiene de obligación, por ejemplo, los artículos 239º y 240º del CC que señalan que la promesa de matrimonio no genera obligación, pero sí la indemnización en caso de ruptura? O nadie puede argüir que no tiene de obligación y con contenido económico, el hecho que por el lazo biológico se genera desde ese instante una obligación alimenticia con un acreedor que es el hijo biológico y un deudor que el progenitor.

Lo que sí estoy de acuerdo es que por una “eficiencia de la norma” (haciendo un poco de AED) los temas de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual sean sistematizados en el libro de Obligaciones. Las responsabilidades, contractuales o extracontractuales, generan obligaciones. Verdad de Perogrullo, pero quizás por ello poco evidente.

Es más, si alguna vez hacemos una sistemática un poco más audaz, creo que Acto Jurídico y Obligaciones deben estar en un solo libro del CC, como era en el código del 36.<sup>46</sup> Creo que el codificador del 36 se dio perfecta cuenta que ambos –Acto Jurídico y Obligaciones- son dos caras de la misma moneda. Y, si se dan cuenta, en el estilo tienen un gran parecido ambos libros: normas abstractas y genéricas, lacónicas, con pocos artículos y aplicables a una infinidad de casos. Creo que sí, deberían estar juntos y estudiarse juntos.

Ahora bien, ¿debemos ampliar el número de artículos del Libro de Obligaciones?

Me parece que debemos respetar su brevedad. “De lo bueno poco” como diría Gracián. Es parte de su personalidad y “engordar” el articulado sin ningún propósito es poco prudente. Quizás algunas reformas puntuales, más allá de la dogmática y teniendo en cuenta sobretudo un criterio utilitario, como sucede con los anglosajones, donde estas disquisiciones los tiene sin cuidado.

Curiosamente, en Obligaciones ambos derechos (el continental y el anglosajón) se parecen mucho. Lo que pasa es que unos lo han desarrollado más desde el lado jurisprudencial y nosotros desde el legislativo. Pero ambos tenemos un tronco común (y de allí la similitud): el derecho romano. De allí el “parentesco” más allá del desarrollo de los sistemas jurídicos que tuvimos (y que no son tan abismales como se cree).

Pensar el derecho de obligaciones desde la economía y desde algunas áreas que no parecen tan cercanas a esta como el derecho de familia, sin caer en la simplificación o el economicismo, es más gratificante y enriquecedor que quedarnos solo en el campo dogmático. Vale la pena el intento.

---

<sup>46</sup> Reflexión que, en cierto sentido, también comparte el Dr. Carlos Ramos, en lo que a la enseñanza del derecho se refiere. Nota del tesista.

## **CAPÍTULO III**

### **INTERÉS Y POLÍTICA MONETARIA**



## SECCIÓN PRIMERA: LA POLÍTICA MONETARIA Y LAS VARIABLES ECONÓMICAS EN LA FORMULACIÓN DE LAS TASAS DE INTERÉS

### 1. LA POLÍTICA MONETARIA Y LA RELACIÓN CON LAS TASAS DE INTERÉS:

Con la creación del primer banco central en Inglaterra, nace la política monetaria moderna. A lo largo del siglo XIX el Banco de Inglaterra utilizó el tipo de redescuento bancario, aumentándolo o reduciéndolo, a fin de influir sobre la banca y la vida económica en general. Si la tasa de redescuento era alta, los capitales acudían inmediatamente; si era baja, se retiraban de la misma manera.<sup>47</sup>

Este mecanismo se mostró inoperante en la gran depresión de 1929, cuando los monetaristas creían que bajando o subiendo las tasas de interés se iba a reanudar el ritmo de crecimiento del aparato productivo y salir de la recesión. El gran economista inglés John Maynard Keynes llegó a la conclusión que la influencia de las tasas de interés era de escasa utilidad práctica en la actividad económica.<sup>48</sup>

Antes de entrar en detalles, demos una breve definición de Política Monetaria. Al margen de escuelas o tendencias, una definición generalmente aceptada es aquella que la conceptúa como el *“manejo o dirección de las magnitudes monetarias con el fin de alcanzar los objetivos de la política económica generalmente aceptados”*.<sup>49</sup>

Tenemos entonces una finalidad última, que es coadyuvar a la política económica del estado. Por otra parte, tenemos objetivos intermedios,

---

<sup>47</sup> John K. Galbraith: La sociedad opulenta, p. 253

<sup>48</sup> Op. cit., p. 255

<sup>49</sup> Enciclopedia Práctica de Economía, N° 24, p. 162

que son el control de la cantidad de dinero circulante (masa monetaria) o de su precio (tasa de interés)<sup>50</sup>, es decir, las magnitudes monetarias. Algunos instrumentos de la política monetaria son: el encaje bancario, la tasa de redescuento, las operaciones de mercado abierto (operaciones directas del banco central en el mercado, comprando o vendiendo divisas), etc.

Si el estado cree conveniente que haya poca liquidez en el sistema financiero, el banco central, conforme a la política monetaria que tenga, subirá el encaje bancario o aumentará las tasas de redescuento (o utilizará los dos instrumentos al mismo tiempo); o en el mercado de divisas, si el tipo de cambio de la moneda de mayor aceptación entre los agentes económicos desciende demasiado de valor, el banco central saldrá al mercado a comprarla, a fin que exista poco circulante y se eleve el tipo de cambio de esta moneda en las llamadas operaciones de mercado abierto.

Como vemos, el precio del dinero viene a ser un objetivo intermedio de la política monetaria, *cuyo instrumento será la tasa de interés a aplicar*. En el inicio del crecimiento del capitalismo, el manejo exclusivo de las tasas de interés tuvo éxito para controlar los capitales que entraban y salían del mercado, pero conforme la economía fue tornándose más compleja, otros factores vinieron a aparecer, como los monopolios y su poder de decisión sobre el mercado; el propio movimiento social de la época (los obreros ya tenían derecho al voto y representación en el Parlamento, por lo que no iban a permitir consecuencias drásticas de la política monetaria en contra de sus bolsillos); la intervención cada vez mayor del Estado en la vida económica de la nación, debido a la especulación en la bolsa de valores y su desenlace en el trágico viernes negro, que dio inicio a la gran crisis del año 1929 y sus consecuencias.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Op. cit., N° 19, p. 69

<sup>51</sup> La experiencia traumática de la gran crisis de 1929 hizo que los Estados modernos de los países desarrollados dejaran a un lado las política liberales e intervinieran activamente en la economía y el mercado, sobretodo por medio de políticas fiscales y políticas sociales. Actualmente ningún Estado industrializado moderno es “químicamente puro” en la implementación de políticas de libre mercado.

Durante la gran depresión de los años treinta, los monetaristas creían que la recesión económica se podía combatir con tasas de interés atractivas para nuevas inversiones, pero el temor de los inversionistas a no recuperar el capital (factor psicológico), trajo como consecuencia la contracción del mercado y la agudización del ciclo recesivo. Keynes -en su juventud famoso monetarista- llegó a la conclusión que la tasa de interés por si sola no tiene el efecto de incentivar la inversión y propiciar un efecto en cadena que reactive el aparato productivo, sino que más bien la eficiencia se encuentra en una adecuada política fiscal (ingresos y gasto público) que deba actuar sobre la demanda agregada (consumo e inversión) a fin de conseguir el fin último: el pleno empleo. Eso si, Keynes consideraba que la variable económica intermedia más eficaz para conseguir el fin deseado no era la cantidad de dinero (masa monetaria), sino la tasa de interés.<sup>52</sup>

A estas alturas, la pregunta es si la política monetaria es eficaz. La respuesta es sí y no al mismo tiempo, aunque parezca contradictorio. Empecemos por el no.

Si queremos aplicar exclusivamente una política monetaria para que surta efectos sobre las otras variables económicas, como el consumo, la inversión o el pleno empleo, su efecto será escaso, casi nulo. Pero, si consideramos a la política monetaria como una ayuda que junto a otras políticas (fiscal, laboral, administrativa, etc.) coadyuven a la política general de un Estado (política macroeconómica), podemos ver que el resultado puede ser provechoso.

Ya vimos en el caso de la selectividad en las tasas de interés (tasas subsidiadas), que por si sola, surte pocos efectos, y que incluso puede ser hasta contraproducente, y que debe estar acompañada de otras medidas complementarias. Así por ejemplo, si un gobierno quiere abaratar los créditos para un sector económico prioritario bajando las tasas de

---

<sup>52</sup> Enciclopedia Práctica de Economía, N° 24. Las categorías económicas, con el riesgo de ser simplista, corresponden a un cuadro sobre política monetaria, aparecido en la p. 177

interés, necesariamente tendrá que ir acompañada de otras medidas complementarias como: divisas necesarias para la compra de insumos importados, facilidades para el trámite administrativo-burocrático (simplificación administrativa), fuerza laboral calificada, leyes más flexibles de acuerdo al fin deseado, etc.

Veamos ahora que efectos producen las tasas de interés sobre las principales variables económicas.

## **2. EFECTOS DE LAS TASAS DE INTERÉS SOBRE EL INGRESO, AHORRO, INVERSIÓN, CONSUMO Y PLENO EMPLEO:**

La política monetaria (uno de cuyos instrumentos más importantes son las tasas de interés) juega un papel subordinado dentro de la Política General del Estado. Ahora bien, todo sujeto económico en actividad posee un ingreso<sup>53</sup>, entendido como renta que percibe por el trabajo que desempeña y que lo destinará a tres rubros: el ahorro (abstención de consumo presente), inversión (destino a un fin productivo) y consumo (satisfacción de necesidades primarias o secundarias, objetivas o subjetivas). Las magnitudes de estas operaciones crecerán en función a que exista la mayor cantidad posible de sujetos económicos en actividad (el pleno empleo), por lo que:

$$\text{Ingreso} = \text{Consumo} + \text{Inversión}$$

$$\text{Ahorro} = \text{Ingreso} - \text{Consumo}$$

Consiguientemente:

$$\text{Ahorro} = \text{Inversión y}$$

$$\text{Mayor ingreso global} = \text{Pleno empleo}$$

$$\text{Pleno empleo} = \text{Mayor consumo}$$

(fin de todo proceso productivo).

---

<sup>53</sup> Lo siguiente es una síntesis del Capítulo II (Keynes y la teoría general de la ocupación, el interés y el dinero) de nuestra monografía *“Las teorías monetarias en John Keynes y Milton Friedman: Dos hombres, dos épocas”*, 1987, pp. 9 y ss.

La pregunta estriba en qué papel jugarán entonces las tasas de interés.

Al encontrarse entrelazadas las diferentes variables económicas en las actividades del hombre en sociedad, las tasas de interés desempeñan un rol importante, toda vez que si las tasas de interés para ahorro son muy bajas, el sujeto económico se inhibirá de ahorrar y más bien va a generar un consumo masivo en la sociedad y una falta de liquidez dentro del sistema de intermediación financiera (falta de ahorro). Si por el contrario, son muy altas, el sujeto económico será proclive a ahorrar y no a invertir ni a consumir en gran escala, produciéndose excesiva concentración de liquidez dentro del sistema financiero.<sup>54</sup>

Lo mismo sucede con las tasas de interés para los créditos (tasas de interés para las operaciones activas). Si las tasas son muy altas (o, peor aún, los bancos se muestran renuentes a prestar dinero por el entorno económico), los sujetos económicos preferirán abstenerse a solicitar un préstamo, debido a que el precio del dinero es demasiado alto, ocasionando una retracción en las solicitudes de crédito, lo que a su vez puede ocasionar una inhibición en el proceso de producción e inversión, causando efectos directos sobre el pleno empleo (entendido como máxima capacidad de ocupación de los sujetos económicos en actividad pertenecientes a la P.E.A.).<sup>55</sup> El efecto contrario se tendría cuando las tasas de interés son bajas, por un efecto multiplicador añadido a las políticas complementarias que daría lugar a un crecimiento del ritmo de la inversión y de la producción, con el subsiguiente aumento del empleo y del consumo de la población.

---

<sup>54</sup> El margen de ganancia de quienes prestan dinero a interés –incluyendo a las instituciones financieras– se encuentra en el diferencial o spread, es decir el margen entre las operaciones activas y pasivas, de acuerdo a las tasas aplicadas. Naturalmente que una tasa alta concentraría dinero en los intermediarios financieros, y una tasa baja o negativa –siempre en relación al índice inflacionario– ahuyentaría a los ahorristas.

<sup>55</sup> No se entienda el pleno empleo como trabajo para todos. El pleno empleo considera un margen de desempleo dentro de la P.E.A., mínimo por cierto, pero reconocido.

Esta es, en apretada síntesis, la función de las tasas de interés, dentro de la política general que siga un Estado, debiendo cuidar siempre que exista un equilibrio entre las diferentes variables y de acuerdo a los fines que se proponga el Estado, entrando a tallar también la política fiscal (más importante para los keynesianos que la política monetaria). Sin embargo, al tornarse más inmanejables los déficits fiscales, se comenzó a cuestionar esta política, retornando a las políticas monetaristas ortodoxas y de economía de mercado, como antidoto a las políticas keynesianas. Quizás a estas alturas, para salir del círculo, sea necesario encontrar una tercera vía que sin perder de vista las demandas sociales y sin descuidar los presupuestos del manejo de una sana economía, se enmarque en el cada vez más complejo mundo de las economías internacionales.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Jan Tinbergen en su libro *Hacia una economía mundial: sugerencias para una política económica internacional*, p. 187, ya hacía mención a la globalización de las economías y al rol de las políticas financieras y monetarias en un contexto internacional.

## **SECCIÓN SEGUNDA: INFLACIÓN, TASAS DE INTERÉS Y REVALUACIÓN DE DEUDAS EN DINERO**

### **1. LA INFLACIÓN:**

Un concepto claro y conciso de inflación, es considerar éste fenómeno como la subida incesante de precios. Las causas pueden ser varias (inflación por costos, por presión de la demanda, por déficit fiscal excesivo o por causas estructurales), como son variados los tipos (inflación reptante, inflación abierta o hiperinflación, esta última experimentada por nosotros entre los años 88-90), estando todos de acuerdo en que es un mal a evitar o un defecto a controlar.

Lo malo que tiene la inflación con respecto a las tasas de interés es que obliga a elevarlas conforme se eleva el índice inflacionario si queremos tener un costo real del dinero, caso contrario se producirían los fenómenos que ya conocemos de desincentivo del ahorro dentro del sistema financiero formal y traslado de éste a la banca informal, como ocurrió a fines de los años 80 e inicios de los 90<sup>57</sup>, con la contrapartida de un crédito barato para los prestatarios del sistema. Aparte de ello, en períodos de inflación elevada, el excedente de liquidez que tenga un sujeto económico lo canalizará hacia otros medios a fin de no perder el poder adquisitivo: compra de moneda extranjera “fuerte”, compra de inmuebles o el consumismo inmediato, son las formas más utilizadas. Otra alternativa en épocas de alta inflación es la Revaluación de Capitales vía indexación.

Debemos tener en cuenta que cualquier alternativa que se utilice para convivir con la inflación, sea tasas flotantes o revaluación de capitales, si son usadas indiscriminadamente pueden avivar la hoguera de la subida incesante de precios, a no ser que se dicten medidas colaterales que

---

<sup>57</sup> El caso más conocido de aquella época fue CLAE, pero también existieron cooperativas que ofrecían atractiva rentabilidad de los ahorros, utilizando el llamado “esquema Ponzi. Nota del tesista.

anulen los efectos.<sup>58</sup> Tengamos en cuenta que no se trata de combatir la inflación (lo cual lleva implícito aplicar otra política), sino de lo que se trata es de adaptarse al proceso inflacionario mientras dure, a fin que el costo real del dinero no sufra menoscabo, tratando en lo posible que los precios no suban más. Pero todos estamos de acuerdo en que mejor que subir las T.I. o indexar el dinero, es bajar la inflación, el problema está en qué hacer hasta que no baje, sin causar más perjuicios.

Veamos que sucede con las obligaciones en dinero en épocas con alta inflación.

## 2. OBLIGACIONES DINERARIAS E INFLACIÓN

Desde que el dinero se convirtió por excelencia en el medio de intercambio de bienes y servicios (una de sus funciones), la moneda pasó a jugar un papel importante en la vida económica de un país y su estabilidad, un símbolo de orgullo y de confianza. Todo ello queda atrás cuando la depreciación monetaria originada por la inflación causa estragos en las obligaciones dinerarias, a tal punto que, como sucedió en nuestro país en la década de los años 80, las autoridades monetarias se vieron obligadas a sustituir la unidad monetaria.<sup>59</sup>

Es así que en épocas de alta inflación o hiperinflación las obligaciones en dinero pierden vertiginosamente su valor, a tal punto que

---

<sup>58</sup> Las tasas flotantes y la revaluación de capitales no son un imposible en economías con alta inflación. En otros países se hizo el experimento, naturalmente que requiere una serie de medidas por parte del Estado, y una planificación concertada entre éste y los agentes económicos de la sociedad civil, requisito necesario para controlar la inflación.

<sup>59</sup> El desaparecido Ramón Remolina en uno de sus artículos sobre coyuntura económica que publicaba regularmente todos los domingos en *El Comercio*, recordaba que vista la devaluación vertiginosa que había sufrido el Sol de Oro en los años 80, fue sustituido por el Inti (sol en quechua). Tal como iban las cosas, nos comentaba con ironía, no sería raro que el Inti sea sustituido por una nueva unidad monetaria, que medio en serio medio en broma, sugería que podía llamarse *Lupe* (sol en aymara), a fin de seguir con la tradición. Razón no le faltó.



quien presta dinero pierde y quien lo recibe gana.<sup>60</sup>

Este fenómeno sucede en épocas donde la moneda se deprecia a un ritmo vertiginoso y donde el que presta en mutuo una cierta cantidad de dinero, recibirá en términos adquisitivos por devolución algo mucho menor, y, quien la devuelve (el deudor) se beneficia enormemente al dar un dinero sumamente depreciado.

La razón radica en el sistema utilizado: el sistema nominalista, en contraposición al sistema valorista. Más adelante veremos el sustento de ambos.<sup>61</sup>

### 3. LA POLÉMICA NOMINALISMO VS VALORISMO

Un sistema monetario tiene que ser estable, debido a que las obligaciones dinerarias deben tener certeza en el tiempo, por lo que al pactar una cantidad de dinero dada en mutuo se especifica claramente cuánto es la cantidad prestada y la tasa de interés, que reflejará el precio del dinero, a fin de conocer de antemano la cantidad a pagar.

El Sistema Nominalista obedece a ese criterio, es decir el Sujeto A da x cantidad de dinero al Sujeto B y éste se compromete a devolver la misma x cantidad, más el porcentaje de interés pactado.

El Sistema Nominalista funciona bien en épocas de estabilidad económica, donde la inflación es mínima; pero, en épocas de inestabilidad,

---

<sup>60</sup> Cuenta J.K. Galbraith en su libro *El dinero*, que al producirse la marea inflacionaria en Norteamérica luego de la revolución independentista, producto de la excesiva emisión inorgánica del *Continente* (la moneda de aquella época, gracias a la cual se financió la independencia), los acreedores corrían de los deudores, debido a que el dinero recibido estaba pactado de acuerdo al sistema nominalista y la devolución implicaba un mutuo sumamente depreciado, con lo que perdían los acreedores en términos de poder adquisitivo.

<sup>61</sup> Lo que sigue a continuación está en gran parte elaborado gracias al excelente libro *Depreciación Monetaria. Revaluación de deudas dinerarias* de la Dra. Lilian Gurfinkel de Wendy., así como la monografía *Las obligaciones en moneda extranjera* de Juan Francisco Fierro Tamarit.

con inflación abierta o, peor aún, con hiperinflación, el sistema nominalista deviene en poco viable y si se sigue aplicando, sucederá lo que nos cuenta el Dr. Galbraith ocurrió luego de la Revolución Americana.<sup>62</sup>

Por ello existe otra Teoría que, en contraposición, fundamenta que el Capital debe permanecer igual en cuanto a poder adquisitivo que a la fecha en que se pactó la obligación, a fin que las relaciones entre acreedor y deudor se mantengan iguales, sean simétricas. Así, el sujeto A da  $x$  cantidad de dinero al sujeto B y éste se compromete a devolver  $x+1$  cantidad de dinero al término de la obligación. Es decir que la obligación no está en relación al monto nominal de unidades monetarias, sino por el valor que dicha moneda representa.

Naturalmente ello no implica que alguna de las dos teorías se aplique exclusivamente en una época determinada, sino que cada una se adecua mejor para su aplicación de acuerdo a una coyuntura determinada. Como hemos visto, la teoría nominalista se aviene mejor en épocas de estabilidad económica, caso contrario sucede con la teoría valorista, más aplicable en épocas de inestabilidad e incertidumbre. Por tal razón, el Codificador del 84 quiso conciliar ambas en el título referente al Pago, tomando conciencia que las épocas de inquietud e inestabilidad fueron las más en nuestra realidad, y decidió que junto a la teoría nominalista (art. 1234º), la teoría valorista estuviera presente (arts. 1235º, 1236º y 1237º), y las partes decidan a su arbitrio cual utilizar.<sup>63</sup>

#### **4. NOMINALISMO, VALORISMO Y EL CÓDIGO CIVIL:**

Como ya vimos, históricamente en períodos caracterizados por la presencia de inestabilidad económica traducida en alta inflación y devaluación vertiginosa de la moneda, el dinero pierde aceleradamente su poder adquisitivo, y, en caso de pactarse sin tomar en cuenta la realidad

---

<sup>62</sup> Galbraith, J.K., op. cit.

<sup>63</sup> Al anatocismo, monetariamente, lo podemos clasificar dentro de la teoría valorista.

económica, va a ser un mal negocio para el acreedor y un lucrativo beneficio para el deudor, al devolver un mutuo completamente desvalorizado.

Para evitar cualquier beneficio no pactado, dentro del sistema valorista se diseñó la llamada *cláusula oro*, mecanismo de indexación que lleva ese nombre porque en sus inicios el indicador a utilizar como indexador era el oro, metal tenido como referencia obligada en una transacción. Posteriormente, en nuestro país, el patrón a utilizar como referencia fue la libra esterlina, luego el dólar norteamericano y posteriormente, sobretodo con motivo del proceso hiperinflacionario de los años 88-90, el índice de precios al consumidor.

De acuerdo con Hirschberg, el valorismo sostiene que "la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas".<sup>64</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, el Codificador creyó conveniente que junto al sistema nominalista (art. 1234<sup>º</sup>), las partes pudieran pactar otras alternativas encuadradas dentro del sistema valorista (arts. 1235<sup>º</sup>, 1236<sup>º</sup> y 1237<sup>º</sup>), a fin que elijan la alternativa más conveniente. Como señalan Osterling y Castillo *no se debe dinero, se debe un valor*.<sup>65</sup> En ese sentido, merece destacarse la modificatoria del art. 1237<sup>º</sup> del CC por el DL 25878, mediante la cual se permitió mayor flexibilidad en el pago de obligaciones en moneda extranjera, lo cual fue más bien una adecuación legal a la dolarización creciente de nuestro país que comenzó a fines de los años 80 del siglo pasado, lo que obedece al hecho que es práctica común en épocas de depreciación monetaria y alta inflación que los pactos se establezcan en base a una moneda considerada sólida y confiable, toda vez que la moneda nacional pierde vertiginosamente el poder adquisitivo en términos reales.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> HIRSCHBERG, Eliyahu. "El principio nominalista". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 81.

<sup>65</sup> Osterling y Castillo: El nominalismo y el valorismo en el Perú. En: <http://www.castillofreyre.com/>

<sup>66</sup> Lo contrario sucede cuando existe estabilidad económica y monetaria: se prefiere la moneda nacional, ya que no se deprecia demasiado.

Algunos temían que el uso como medio de pago o como ahorro de una moneda extranjera desplace definitivamente a la moneda nacional. Sobre ello, dos cuestiones previas: la primera que corresponde a una de las pocas leyes económicas con vigencia universal: la ley de Gresham, por la cual el dinero malo expulsa al bueno, buscando los sujetos económicos tener para sí el dinero bueno (en éste caso una moneda considerada fuerte y confiable: el dólar norteamericano), prefiriendo pactar en una moneda con esas características<sup>67</sup>; y, en el caso de ser prohibida esa modalidad de pacto, encontrarán otras alternativas como históricamente ha sucedido, tratando los agentes económicos que el principio de equidad se mantenga hasta el término de la obligación. La segunda tiene que ver con la internacionalización de las economías nacionales, donde naturalmente en las transacciones comerciales son pocas las monedas aceptadas como unidad de intercambio, por lo que se tornaría contraproducente e incluso ahistórico ir contra una tendencia generalizada en la economía mundial, encerrándonos en una suerte de autarquía monetaria, lo que es inviable en estos tiempos.

## **5. LA REVALUACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: LA INDEXACIÓN:**

La Revaluación de las Obligaciones Dinerarias se encuadra dentro del Sistema Valorista, que consiste en aumentar el quantum de la obligación con el objeto de preservar el valor del cambio del signo monetario con el que deberá ser cancelada, siendo por lo general el indicador de referencia para reajustar la deuda una moneda extranjera considerada “fuerte”, aunque la revalorización puede ser también en función al oro o al índice del costo de vida.

En otras palabras, con la revaluación de las deudas, se consigue proteger las obligaciones dinerarias de las vicisitudes que en

---

<sup>67</sup> Proceso que, como sabemos se encuentra íntimamente relacionado con la depreciación y falta de confianza en la moneda local.

épocas de incertidumbre conllevan el valor de estas, dejando de lado el sistema nominalista.

Entre las ventajas que conlleva la revaluación se encuentran:

- a) Mantener la equivalencia de los valores en los contratos.
- b) Favorecer la concertación de negocios de los que surgen obligaciones a mediano y largo plazo, con la seguridad para el acreedor de recibir como contraprestación una cantidad suficiente de moneda nacional, equivalente en cuanto a poder adquisitivo a la suma originariamente pactada.
- c) Desanimar las maniobras especulativas y el retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, en desmedro de la integridad del patrimonio del acreedor.
- d) Evitar trabajosas construcciones jurisprudenciales tendientes a restablecer el equilibrio de las prestaciones.

La técnica para la revaluación es la indexación que, como sabemos, es la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones en el nivel de precios con el fin de mantener constante el valor de éstas. Los parámetros más conocidos son dos: el índice oficial del costo de vida y una moneda extranjera considerada estable y que goce de confianza general.

A estas alturas cabe una pregunta: ¿la revaluación es la solución para que las obligaciones dinerarias pactadas no pierdan el poder adquisitivo? Aplicar la revaluación a todas las deudas dinerarias indiscriminadamente sería ingresar totalmente al sistema valorista y dejar de lado el nominalista, usado tradicionalmente, lo que podría traer algunos problemas.

En primer lugar, habría una confusión con respecto a las deudas a corto plazo, incluyendo las originadas por los títulos valores, como un cheque o una letra de cambio, ya que el monto de la deuda (el quantum) estaría sujeto a variaciones que harían difícil precisar la deuda contraída,

tanto para los fines de la propia transacción como para los fines contables. Por ello, no es conveniente usar indiscriminadamente la revaluación de las obligaciones dinerarias debido a que pueden generarse problemas serios para precisar el monto de las transacciones inmediatas, las cuales, por otra parte, no se devalúan tanto en comparación con las obligaciones dinerarias a mediano y largo plazo, las que sí deberían ser revaluadas a fin que no pierdan el poder adquisitivo a lo largo del tiempo hasta que se extinga la obligación.

Aparte de estos problemas, la revaluación generalizada de las deudas dinerarias en un marco recesivo e hiperinflacionario puede ser contraproducente, por la indexación que conlleva. Tal como vimos, la revaluación trae una cadena de ajustes de precios, donde el precio 2 se ajusta en relación al precio 1, pero como a su vez el precio 3 se encuentra relacionado estrechamente con el precio 2, también se indexará, y así sucesivamente, y la espiral inflacionaria seguirá creciendo, salvo que existan mecanismos que ayuden a neutralizar el crecimiento de los precios, lo cual, por cierto, es muy difícil en una economía pequeña.

Para terminar el presente tópico, hay que preguntarse si las tasas de interés serían incompatibles con las revaluaciones dinerarias. Creemos que no necesariamente. Las revaluaciones dinerarias se refieren al capital, a fin que mantenga el valor que le corresponde al momento en que fue pactada la obligación. El interés viene a ser el precio del dinero por el uso que se haga del mismo. Naturalmente que la tasa ya no será necesario que se encuentre al nivel de la inflación, en vista que la pérdida efectiva del poder adquisitivo del dinero se encuentra cubierto por la revaluación y las T.I. sólo reflejarán el precio por su uso y por los riesgos existentes en toda transacción, siendo un “plus”, de preferencia con una tasa fija que deberá ser pactada en el contrato.

## 6. ROL DEL DERECHO:

Tenemos a nivel general tres formas por las cuales el derecho puede regular las revaluaciones de las obligaciones dinerarias<sup>68</sup>:

**a) La forma contractual:** Mediante la inserción en el contrato de cláusulas destinadas a mantener el poder adquisitivo de la cantidad de dinero pactada.

**b) La forma legislativa:** Acá tenemos a su vez dos sub formas:

**b.1** Por leyes de escala móvil que adecuen automáticamente las obligaciones monetarias de acuerdo a números índices, en función de la devaluación monetaria en un período de tiempo determinado, y

**b.2** Reformando la legislación, en caso no se contemple una alternativa de aplicación al sistema nominalista.

**c) La Forma judicial:** La revaluación se deja a criterio de los jueces, a fin que, caso por caso, fijen el valor de la deuda. Esta forma es aplicable sobretodo en los países donde la jurisprudencia juega un rol importante como fuente del derecho.

## 7. LEGISLACIÓN COMPARADA:

Dentro de la legislación comparada, el caso más cercano y más palpable fue el de Brasil, donde la revaluación vía indexación tuvo una práctica muy extendida, de acuerdo a números índices que fijaba el Banco Central, lo cual les permitió convivir con la inflación. El otro caso fue Chile, donde a partir de 1974 y debido a la alta inflación de aquellos años, comenzó un proceso de reforma de su sistema financiero (incluyendo también a las t.i.), liberalizando criterios de acuerdo a un programa de economía de mercado. Dentro de las reformas, una de las más significativas,

---

<sup>68</sup> Gurfunkel de Wendy, Lilian: *Depreciación Monetaria. Revalorización de deudas dinerarias*

fue la derogatoria del art. 2199º del Código Civil Chileno, que a la letra ordenaba: *“si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato”*. Fue el fin de la exclusividad del sistema nominalista y el ingreso a un sistema combinado de valorismo con nominalismo, similar al nuestro.

Para terminar, en Alemania, a raíz de la hiperinflación registrada en los años 20 del siglo pasado, la revaluación de las obligaciones en dinero se hizo una necesidad. En vista que la ley no ofrecía ninguna solución, fue por vía judicial (revaluación judicial) el camino para que las obligaciones en dinero no pierdan su poder adquisitivo.

Los tres casos citados tienen un nexo común. La revaluación no es producto de la fantasía ni de la imaginación de ningún legislador o de algún Juez, fue debido a un hecho concreto que marcó a los países que pasaron por una alta inflación que desestabilizó sus economías internas, y, en el ámbito de las transacciones monetarias, dio pie para el cuestionamiento del nominalismo y buscar formas alternativas de solución dentro del sistema valorista.



## **CAPÍTULO IV**

### **BREVE HISTORIA DE LAS TASAS DE INTERÉS<sup>69</sup>**

---

<sup>69</sup> EL SIGUIENTE CAPÍTULO ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/), [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com) Y WWW.MONOGRAFIAS.COM

## 1. LOS INICIOS: ROMA IMPERIAL

La historia de las tasas de interés (o del precio del dinero) se encuentra íntimamente ligada a la historia del propio dinero primero, y, la de los bancos después. Desde la parábola de los talentos relatada en la Biblia (Mateo, Cap. 25, vers. 14 y ss.), el interés fue considerado como fuente de creación de más dinero y la institución donde operaba éste hecho (los bancos) considerada como mágica, revistiéndose de un carácter divino que con el paso del tiempo dejó los ropajes sacros para tornarse más secular y materialista.<sup>70</sup>

Asimismo, las tasas de interés desde tiempo inmemorial estuvieron ligadas a la abstención del sujeto económico de consumir en el presente a fin de obtener una recompensa a futuro. En ambas operaciones clásicas (ahorro y préstamo) las tasas de interés serán las que determinen el atractivo para dejar de consumir ahora y ahorrar, o solicitar un crédito para un fin económico determinado, entrando en función dos variables importantes (no las únicas): el capital y el tiempo transcurrido. La diferencia - descontando los gastos operativos- entre la tasa del dinero ahorrado y la tasa del dinero prestado será la ganancia, operación que se volvería usual entre los primeros banqueros.<sup>71</sup>

En la antigua Roma, los intereses no estaban regulados como ahora, ni existía una banca central u operaciones de mercado abierto, pero sí existían los préstamos a interés, que muchas veces dejaban al pobre deudor y a su familia sumidos en la esclavitud:

---

<sup>70</sup> Galbraith, John. El dinero, de donde vino, adónde fue.

<sup>71</sup> Naturalmente que las tasas de interés no están ligadas únicamente a los bancos y al sistema financiero. Las tasas de interés tienen aplicación a nivel de toda la sociedad y del Estado, cuando interviene en actividades financieras. Nota del tesista.

*“...cuando un deudor no podía pagar los usureros intereses exigidos, una rigurosa ley autorizaba al acreedor a encarcelar o a recluir a esclavitud al deudor y a su familia”.<sup>72</sup>*

Las deudas eran incluso cobradas con la vida, como se detalla en el drama de Shakespeare, *“El mercader de Venecia”*, lo cual no tenía ningún fin práctico, salvo como acto de satisfacción personal para el acreedor, debido a que este veía extinguirse junto con la vida del deudor, la obligación contraída. Conforme avanza la historia de la humanidad, las formas de castigo se hicieron más “civilizadas”, ya no se exigía la vida del deudor, ahora perdía sus derechos civiles, primero bajo la forma de esclavitud y posteriormente la prisión por deudas, ésta última en vigencia hasta el siglo XIX.<sup>73</sup>

Retornando al Imperio Romano, el interés usurero era un hecho común y nada censurable. Los patricios, los nobles de la época, eran los primeros en practicarlo con los plebeyos, socialmente por debajo de ellos. Bruto, patricio respetado, con la obsesionante idea de acabar con el Imperio y restablecer la República (era lo que hoy definiríamos como un liberal de izquierda), pasaría a la historia no sólo por ser uno de los asesinos de Julio César por amor a la República, sino porque era un prestamista de dinero a altos intereses:

*“Bruto era un hombre rudo, insensible, acreedor despiadado y usurero sin entrañas que exigía intereses del 48 por ciento”.<sup>74</sup>*

Poco antes de la caída del Imperio Romano y con el advenimiento del Cristianismo, uno de sus últimos emperadores, Justiniano, haría todo lo posible para unir Iglesia y Estado.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Grimberg, Carl : Historia Universal, Tomo 7, p. 21.

<sup>73</sup> Muchos artistas y personajes de la historia fueron célebres por tener que huir de la justicia y así evitar la prisión por deudas. Nota del tesista.

<sup>74</sup> Op. cit., Tomo 8, p. 85

<sup>75</sup> Op. cit., Tomo 10, p. 69

Roma la pagana cedió paso al cristianismo, cambiando las costumbres, hábitos, y, por supuesto, la práctica de los préstamos a interés, por lo que Justiniano comenzó a regularlos, considerando como legítimo que el acreedor obtenga un beneficio al prestar su dinero, pero limitando el nivel de las tasas, cuidando que no halla excesos. Naturalmente, dentro de las prohibiciones estuvo la capitalización de los intereses, incluyendo los vencidos:

*“Justiniano proscribió absolutamente el anatocismo, de suerte que los intereses devengados y no pagados no podían capitalizarse”.<sup>76</sup>*

El afán de Justiniano por cristianizar Roma no servirá de mucho. La desintegración del otrora poderoso Imperio Romano era un hecho histórico que no podía detenerse y fruto de esa desintegración vendrían a surgir los nuevos Estados Bárbaros, en la época que ahora conocemos como la Edad Media.

## 2. LA EDAD MEDIA

Con el fin de Roma y la posterior aparición de los Estados Bárbaros, la Iglesia tendrá una participación hegemónica y totalizante en la vida, hábitos y modo de pensar de los habitantes de los nuevos estados.

Inicialmente, la Iglesia Católica se opuso a los préstamos a interés, que eran considerados poco menos que un pecado. Un noble que practicara ese oficio se estaría rebajando (recordemos una vez más las mofas y humillaciones de las que era objeto el Viejo Shylock en *“El Mercader de Venecia”*, mucho peor era la situación en pleno medioevo).<sup>77</sup> Al no poder

---

<sup>76</sup> Tratado de las obligaciones, Castillo y Osterling, Vol XVI, T VI, p. 252

<sup>77</sup> Como abogado lo que siempre me ha fascinado de *El mercader de Venecia* es el trasfondo legal de la obra. Tanto el comienzo de la trama (la celebración del contrato), como la resolución, con el debate jurídico en un tribunal sobre la

dedicarse los cristianos directamente al oficio de prestar dinero a interés, a una minoría le fue delegada esa labor: los judíos, que pasarían a ser los futuros banqueros del Renacimiento.

Poco a poco, la Iglesia comenzó a mostrar cierta flexibilidad en los préstamos a interés, debido a que en más de una ocasión, por sus múltiples asuntos mundanos (entre ellos las guerras terrenales por alguna causa divina), andaba en aprietos de dinero y un préstamo a nombre de Dios nunca era mal recibido. Muchas fortunas se hicieron al amparo de esta tolerancia: los Médicis, los Borgia, entre otros, fueron lo que ahora conocemos como “nuevos millonarios”, que una vez conseguida una posición económica sólida, buscaron el amparo del poder político de la Iglesia para acrecentar aún más sus fortunas.

Soplaban nuevos vientos, un cisma estaba por producirse en el seno de la Iglesia. Una nueva corriente al interior, encabezada por Martín Lutero, encontraba la justificación ideológica a las actividades de una nueva clase social en ascenso: la burguesía. Prestar dinero, trabajar en una industria laboriosamente para obtener un beneficio, no era ya considerado un pecado, sino todo lo contrario, toda actividad hecha dignamente y al amparo de la ley, era bien vista a los ojos de Dios; por lo que dedicarse a comerciar mercancías o prestar dinero a interés tenía la complacencia del Señor y de la Sociedad.<sup>78</sup>

Finalizada la edad media y finalizado el oscurantismo que reinó sobre Europa, estaba próximo el Renacimiento, entrando la humanidad a una nueva etapa histórica con el desarrollo del por entonces revolucionario sistema capitalista.

---

validez o no del contrato suscrito: lo que permite analizar la obra desde el punto de vista jurídico y practicar el uso de algunas instituciones legales, más allá de la ficción. Contrato, ley y orden público: El mercader de Venecia de William Shakespeare, Eduardo Jiménez J. en: [www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

<sup>78</sup> Véase al respecto el libro de Max Weber: *La ética protestante y el espíritu capitalista*.

### 3. EL RENACIMIENTO Y EL DESARROLLO DEL CAPITALISMO

No es casual que en los países donde caló más la reforma protestante como Alemania o Inglaterra, el capitalismo encontrara su máxima expresión, y, como consecuencia de ello, los préstamos a interés se intensificaran, al incrementarse el comercio. Caso contrario fue la Francia católica de los Luises, que tendría que esperar hasta fines del siglo XVIII para, al calor de la Revolución Francesa, ingresar plenamente al sistema capitalista y, con ello, intensificar las operaciones inherentes al mismo, como los préstamos a interés.<sup>79</sup>

El desarrollo del capitalismo realmente no se debió sólo a la reforma Luterana, existieron otras causas, dos fueron fundamentales: el descubrimiento de América y el desarrollo de las labores artesanales en las urbes. No es nuestra intención el entrar en detalles sobre estas dos causas, bastará decir que el descubrimiento de América trajo consigo una cantidad nunca vista de oro y plata a Europa, lo cual originó también una alta inflación, con las consecuencias de malestar social, sobretudo en los sectores menos pudientes de la sociedad. Aparte de ello, los metales preciosos trajeron también consigo la lubricación de la economía, necesaria para el auge de las transacciones comerciales que el capitalismo imponía.

Por otra parte, los siervos que conseguían su libertad del Señor Feudal se iban a vivir a unos villorios (embrión de las futuras urbes) que se llamaban Burgos (de donde proviene la voz Burguesía), reunidos por gremios de acuerdo al oficio que realizaban. Fruto de esta especialización nacerían los orfebres, de donde devendrían a la postre los joyeros por un lado y los banqueros por el otro. Instalados primero en tiendas ambulantes y sentados en unos pequeños bancos, luego al ir consolidando su posición se establecerían en locales más seguros y estables que se llamarían Bancos

---

<sup>79</sup> Ni que hablar de España o Portugal, países que se quedaron rezagados en la historia y no lograron sintonizar con sus vecinos. Nota del tesista.

(en recuerdo a los humildes banquitos de sus inicios), y se dedicarían al viejo oficio de prestar dinero.

Conforme estas actividades se fueron tornando más complejas, obligó al artesano a tomar aprendices o empleados a salario y fabricar las mercancías a mayor escala, conforme se incrementaba la demanda, gracias a lo cual estaban a un paso de la automatización del trabajo y la producción en serie a gran escala.

Era el inicio duro y difícil del capitalismo, intensificándose el tráfico comercial en Europa y las transacciones en dinero, y la subsecuente intervención de los bancos y la aplicación de las tasas de interés a los préstamos.

Comenzarían a circular los primeros billetes, los que tenían un rédito en base a una tasa de interés al momento en que el tenedor de estos papeles quisiera convertirlos a metal. Claro que no siempre cumplían los banqueros con la palabra empeñada y en más de una ocasión los tenedores de los billetes se veían con un papel inservible entre manos.<sup>80</sup>

Sin embargo, a pesar de estos problemas, las tasas de interés jugarían un papel preponderante en las transacciones, al regular la expansión del crédito, necesario en los albores de esta nueva etapa histórica. El crédito, así como el ahorro, van a formar parte importante del engranaje de la acumulación original del capital.

Al ser las tasas de interés un instrumento tan delicado, desde los albores del capitalismo fue preocupación de los gobiernos de aquella época, no pudiendo dejarlas al libre albedrío de la oferta y la demanda, lo que habría originado un cobro desmedido sobre el capital mutuoado, como sucedió en la antigua Roma. Es interesante el recuento histórico que sobre ésta época realizó Adam Smith en su libro *Riqueza de las Naciones*:

---

<sup>80</sup> Galbraith: El dinero, de dónde vino, adónde fue.

*“Por decreto de Enrique VIII, fue prohibida en Inglaterra y declarada ilegal toda usura o interés que pasase del diez por ciento...La reina Isabel renovó el Estatuto de Enrique VIII, en el Cap. 8 del 13, y prosiguió siendo el diez por ciento el precio legal de la usura hasta la Constitución 21 de Jacobo I, que la restringió al ocho por ciento. Fué reducida a seis poco después de la restitución de Carlos al trono, y por la Constitución 5 de la Reina Ana se limitó al cinco. Todas estas diversas regulaciones, al parecer, fueron hechas con mucha justicia y oportunidad”.<sup>81</sup>*

El liberalismo económico de la época comprendió muy bien que el precio de una mercancía tan delicada como el dinero debía ser regulada por el Estado y no dejarlo en manos de intereses particulares que buscan casi siempre el lucro personal. Recordemos que nos encontramos en los albores, cuando el capitalismo era una criatura que necesitaba ser robustecida, para lo cual era imprescindible que el Estado tomara directamente en sus manos algunos instrumentos sumamente sensibles en la vida económica, como son las tasas de interés, vía el ordenamiento jurídico existente en aquellos años; y, así lo comprendieron los gobernantes de la que sería la primera potencia hegemónica en el mundo capitalista, Inglaterra.

Pero, en algunas ocasiones los gobernantes son muy celosos en sus políticas y a Eduardo VI se le ocurrió suprimir el cobro de intereses. Veamos lo que pasó:

*“En el reinado de Eduardo VI, prohibió el celo religioso todo género de ella, aún en calidad de interés mercantil, pero esta prohibición, como otras muchas de su especie, se dice no haber producido efecto alguno, y acaso haber aumentado, más bien que disminuido”.<sup>82</sup>*

El celo religioso en esta ocasión lo causó la Reforma y, al parecer,

---

<sup>81</sup> Adam Smith: Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. Vol. I, Libro I, Cap. IX, p.138. Edic. Orbis.

<sup>82</sup> Ib., p. 138



Eduardo VI interpretó mal el sentido ideológico que implicaban los nuevos vientos que soplaban al interior de la Iglesia.

Lo que nos interesa como lección de la historia es que los controles de precio -en este caso el precio del dinero- si son muy exagerados pueden tener resultados contraproducentes. La historia se va a repetir muchas veces; y, nuestro país -como muchos de América Latina- fueron un claro ejemplo de como una medida dictada con buenas intenciones, puede tener resultados negativos; en vista que en las medidas económicas no funciona la regla que si algo es bueno en poca cantidad, lo es mucho más en cantidad mayor. A veces se cree de buena fe que si los exagerados controles de precios -incluyendo el del dinero- dan resultado a corto plazo, se puede seguir en el tiempo con la misma medida e, incluso, intensificarla. Lamentablemente la realidad es diferente y la verdad siempre se impone. El derecho debe de tener siempre presente esta máxima, si quiere regular el mundo económico sin forzarlo con calzaduras o constreñirlo.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Por otra parte, vemos que desde los inicios, las tasas de interés fueron cuidadosamente reguladas por el Estado y que a pesar de los más entusiastas liberales que propugnaban la irrefrenable libertad de mercado, éste entusiasmo fue más una ilusión que un hecho concreto, una teoría económica más que una práctica constante de la vida económica. Las sagradas leyes de la oferta y la demanda nunca han funcionado químicamente puras, siempre han existido interferencias, sea de los mismos agentes económicos o de otras variables económicas; aunque ello no significa que debamos caer en el extremo opuesto de querer controlar la actividad económica con decretos o leyes, lo cual, como se ha demostrado en el pasado, sería un imposible. La intención más bien es ir a la búsqueda de un delicado punto intermedio, entre la teórica “libertad de mercado” y los controles estatales. Ese justo punto intermedio sólo podría ser encontrado estudiando concienzudamente la realidad, tomando en cuenta las diferentes variables económicas y los fines que se persiguen y, claro está, dejando de lado los dogmas de las teorías, creyendo que son la respuesta a todo problema que se quiera resolver en la vida diaria. Nota del tesista.

## 4. EL PRIMER BANCO CENTRAL

El primer Banco Central nació en Inglaterra hacia 1694. Originalmente fue un banco privado, con la diferencia que tenía como cliente selecto al gobierno inglés, al cual iba a parar gran parte de sus colocaciones, a cambio de privilegios reales. Pero, conforme el capitalismo se va expandiendo y tornándose más compleja la vida económica, y, subsecuentemente, las operaciones financieras tomaron también ese carácter, sintiéndose la necesidad de implementar una política monetaria a fin de regular la expansión o contracción del crédito, con lo que el Banco de Inglaterra comenzaría a tomar la forma de un Banco Central, siendo una de sus funciones la de regular el crédito. Uno de los instrumentos para esa tarea sería por medio de las tasas de interés. Veamos que pasaba por aquella época.<sup>84</sup>

Estamos ya en el siglo XIX, gracias a las guerras napoleónicas, el comercio de los ingleses aumentó notablemente. Napoleón le hizo un gran favor a su eterna rival, Inglaterra. Las guerras napoleónicas estimularon en gran medida la producción y el tráfico comercial inglés, lo que motivó subsecuentemente que los bancos comerciales emitiesen sin control billetes (lo que ahora conocemos como “emisión inorgánica”) para los créditos concedidos a los comerciantes e industriales, por lo que se hacía imprescindible regularlos:

*“En aquellos años [1830-40] el Banco [de Inglaterra] empezó a poner bajo su control las operaciones de los Bancos subordinados o comerciales. Con esto puso en movimiento los dos instrumentos históricos de la política de un Banco Central: las operaciones de mercado abierto y el tipo de interés bancario”.<sup>85</sup>*

---

<sup>84</sup> Galbraith: op. cit., Cap. IV

<sup>85</sup> John K. Galbraith: *El dinero, de dónde vino adónde fue*, p. 53. Entre corchetes nuestro.

Vale la pena citar in extenso cómo era el mecanismo de la regulación de los créditos por el Banco de Inglaterra:

*“Como hemos visto, la rápida expansión de los préstamos comerciales bancarios y los resultantes depósitos y gasto de estos últimos produce la elevación de los precios. El efecto en Inglaterra, expuesta como estaba a toda la fuerza de la competencia extranjera, fue fomentar las compras en el exterior. Y esto hizo que Inglaterra fuese un mercado más caro. Síntoma de la indebidamente rápida expansión del préstamo bancario, fue, naturalmente, invertido en su consecución. **Éste lo anticipaba el Banco aumentando los tipos de interés bancario**, el tipo al que, de una o de otra forma, prestaba fondos a otros bancos, o al que aceptaba instrumentos de crédito de los que buscaban fondos para financiar transacciones comerciales. (Esta acción había sido facilitada en 1833 por una legislación que de hecho eximía a los Bancos de las leyes sobre la usura.) **Este aumento en el tipo de interés bancario se convirtió entonces en una señal para los Bancos de que debían restringir sus préstamos**. En el caso de que no fuese advertida esta señal, el “Banco de Inglaterra” podía vender obligaciones del Gobierno en el mercado abierto y permitir que sus propias inversiones, incluido su papel comercial, expirasen y fuesen recogidas. **Y como este efectivo metálico no estaba en los otros Bancos, éstos tenían menos reservas contra sus depósitos y se veían obligados a ser más comedidos en los nuevos préstamos. Podían rellenar sus cajas pidiendo dinero prestado al “Banco de Inglaterra”. Pero aquí entraba en juego el interés bancario. Como éste había aumentado, aquellos prestatarios se sentían menos animados y con ellos los parroquianos que en definitiva pedían los préstamos**. De este modo, el “Banco de Inglaterra” llegó a regular el préstamo -y con él la emisión de dinero- por el sistema bancario en su conjunto”.*<sup>86</sup>

Debido a la expansión de los préstamos por los bancos comerciales

---

<sup>86</sup> op.cit., pp.53-54, en negrita nuestro.

(entre otras causas, por las constantes guerras en que se veía involucrada Inglaterra), se eleva el volumen de la masa monetaria y consecuentemente se elevaron los precios, con lo que se fomentaba las compras en el extranjero (importaciones) que eran más baratas, mientras el mercado interno inglés era más caro. Ante esta situación, el Banco de Inglaterra se vio obligado a aumentar las tasas de interés al prestar a otros bancos (la tasa de redescuento), a su vez estos se veían forzados a prestar a una tasa de interés más elevada (tasa de interés bancario), con lo cual los créditos bajarían, debido a que los sujetos económicos se inhibirían de solicitar por las altas tasas de interés y, a su vez, bajaría el volumen del dinero en circulación, produciéndose una reacción en sentido contrario a la expansión monetaria. Si con esta medida no se conseguía lo esperado, el Banco efectuaba operaciones en mercado abierto (compra y venta directa de obligaciones por el propio Banco Central), con lo que se reduciría el volumen de dinero susceptible de ser prestado.

Junto con estas operaciones, el Banco de Inglaterra también ofrecía el servicio de suministrar dinero aceptable (es decir papel moneda que sea absolutamente confiable su conversión a oro), y, aceptó la responsabilidad de ser el prestamista de emergencia hacia los bancos comerciales en caso que se encontraran en apuros de liquidez.<sup>87</sup>

Con estas características, el Banco de Inglaterra ya podía llamarse con propiedad Banco Central y sus operaciones realizadas en la primera mitad del siglo XIX se convertirían en las operaciones clásicas de un banquero central, comenzando otros países a calcar el modelo a lo largo del siglo XX.

---

<sup>87</sup> op. cit., p. 53

## 5. LA ESCENA CONTEMPORÁNEA

Cuenta el Dr. John Galbraith que en vísperas de la Primera Guerra Mundial, Estados Unidos de Norteamérica crea la Reserva Federal, con lo que se homologaba a los países de Europa Occidental, y marcaría el adiós a los experimentos monetarios que desde la época colonial practicó”.<sup>88</sup>

Unos años atrás, el Código Alemán de 1900 fijaba las pautas para la regulación de las tasas de interés a fin de que no sean usureras para el sujeto deudor. Esta pauta sería recogida por nuestro Código Civil de 1936, que fijaba en 5% el interés a cobrar.

Al concluir la I Guerra Mundial en 1918, las economías nacionales se volvieron más complejas. Ahora ya no sólo los factores internos influían en gran medida en la dinámica económica de cada país, también comenzaron a contar los factores internacionales. Una muestra clara y trágica de ello fue el *crack* de la Bolsa de Nueva York en el año de 1929.<sup>89</sup> El fatídico Viernes Negro. La baja de las acciones en Wall Street no

---

<sup>88</sup> Op. cit. pp. 161-162

Refiere el Dr. John K. Galbraith que desde la época que eran solo 13 colonias, los Estados Unidos de Norteamérica se caracterizaron por sus constantes experimentos en asuntos monetarios. La creación de dinero no fue problema para ellos. A falta de metales preciosos usaron de todo, incluyendo el tabaco o el whisky, como unidad de intercambio. Gracias a la facilidad de crear dinero ganaron la causa de la libertad, ya que la revolución, en gran parte, se hizo con dinero emitido sin el debido respaldo, a tal punto que nacieron a la vida republicana en medio de una enorme hiperinflación. A lo largo del siglo XIX no existió un Banco Central regulador de los asuntos monetarios del país, sino que cada banco emitía los billetes que creía conveniente, anarquía equilibrada gracias a que cada intermediario financiero tenía una esfera de poder limitada, sea regional o de un determinado sector socioeconómico. Habría que esperar a 1914 (previa frustrada implementación de un banco central hacia las primeras décadas del siglo XIX, el Banco de los Estados Unidos, B.U.S.) para entrar a un cauce que sus vecinos de Europa conocían desde hacía muchos años atrás. El Sistema de Reserva Federal nació con un problema de por medio: los fogonazos de la Primera Guerra Mundial repercutirían en las economías nacionales.

<sup>89</sup> El *crack* de 1929 marcó a los países directamente afectados, comenzando por el propio Estados Unidos de Norteamérica (los testimonios y retratos de la época

sólo influyó en las economías capitalistas, sino que se extendió a los países periféricos.

Las tasas de interés jugarían un papel importante en la recuperación de la crisis. Dentro de los parámetros keynesianos, las tasas de interés van a influir sobre el crédito, si bien sin la excesiva importancia que le atribuían los monetaristas (para los keynesianos más importante es la política fiscal), tornándolo barato o caro, lo cual a su vez va a influir sobre el ahorro, el consumo, la inversión y el objetivo anhelado del pleno empleo, en una época donde la desocupación alcanzaba niveles alarmantes.

Tendría que ocurrir otra Guerra Mundial para que las naciones entendieran que sus economías ya no eran islas y que era necesaria la cooperación. El ejemplo más notable y concreto fue el de las naciones europeas, que luego de ser enemigas acérrimas por siglos, pasaron a ser socios comerciales, hasta formar el actual bloque de la Unión Europea.<sup>90</sup>

La creación de instituciones financieras internacionales y el nuevo orden económico, tras los acuerdos de Bretton Woods (1944), hizo que la autonomía nacional de los Estados fuera cada vez menor, viéndose comprometidos y limitados por los tratados con organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, a lo que se sumó -en los últimos años- el fin del bloque socialista, dándose las

---

son bastante fidedignos y desgarradores de la tragedia que significó el cierre masivo de fábricas y el subsecuente desempleo de la población: la gente se desplazaba literalmente de un lugar a otro del país para buscar trabajo a cambio de solo un plato de comida), por lo que comenzaron a regular la vida económica del país, dándose cuenta en carne propia que el mercado por si sólo no corrige los desequilibrios, sino que es necesaria la regulación por parte del Estado; estableciendo, entre otras medidas, el Seguro del Desempleo para el ciudadano sin trabajo, todo ello a fin de evitar que se repita lo sucedido en aquellos aciagos años. Nota del tesista.

<sup>90</sup> Como es sabido, el proceso de integración europeo no está exento de problemas, pero comenzó de lo más simple, con un acuerdo comercial sobre el carbón, y, subiendo peldaño tras peldaño, llegar a la integración que hoy conocemos. De lo simple a lo complejo; algo que nosotros deberíamos tomar en cuenta, dado que casi siempre queremos comenzar con lo que el sentido común nos dice que debe ser más bien el final. Nota del tesista.

condiciones necesarias para una expansión comercial y financiera sin fronteras, lo que ha venido en llamarse *globalización económica*.

Como decía hace muchos años atrás Jan Tinbergen acerca de las políticas financieras y monetarias que adopte un país, cuando el mundo todavía estaba dividido por la *guerra fría*, y no se vislumbraba ni remotamente el proceso globalizador que acaeció a fines del siglo XX y menos la pérdida de las autonomías nacionales:

*“El conjunto de políticas financieras y monetarias adoptadas por un país es de la mayor importancia, no tan sólo para el bienestar de dicho país sino también para el de otros. Por ello resulta indispensable un cierto grado de centralización en las políticas financieras y monetarias mundiales (o, por lo menos, en el mundo no comunista). **La autonomía nacional en este campo no puede considerarse como una condición beneficiosa, puesto que los errores en las políticas nacionales tendrán consecuencias que se extenderán inevitablemente más allá de las fronteras del país**”.*<sup>91</sup>

El proceso de globalización económica trajo nuevos retos y nuevos problemas que resolver, los que requieren a su vez soluciones nuevas.<sup>92</sup>

## 6. A MODO DE COLOFÓN: UNA REFLEXIÓN PERSONAL

Desde la creación de las instituciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial u otras a nivel regional, luego de la segunda post guerra, el mundo económico y financiero ha sufrido cambios bastante visibles. Distintos hechos han coincidido en poco menos de treinta años: el fin del bloque socialista y la predominancia de un solo modelo económico, el internet y la aplicación de las tecnologías

---

<sup>91</sup> Tinbergen, Jan: *Hacia una economía mundial. Sugerencias para una política económica internacional*, p. 187, en negrita nuestro.

<sup>92</sup> Entre ellas, una revisión profunda del llamado derecho nacional. Nota del tesista.

digitales, el comercio electrónico y la globalización económica, han traído como resultado una suerte de predominancia económica o de cierto economicismo bastante visible en el mundo actual. También una debilitación del estado-nación tal como lo conocimos –e incluso del derecho nacional para algunos- y un poder de facto de grandes empresas trasnacionales.<sup>93</sup>

En el plano financiero, la importancia que han cobrado ciertos bancos, como canalizadores de recursos financieros, ya no solo en determinado país o región, sino a nivel mundial, los ha hecho convertirse en un poder fáctico con mucha influencia en distintos ámbitos, incluyendo el político. Igualmente sus operaciones y competencias son mucho más complejas que antaño. Ello aparejado a la recomendación de instituciones internacionales de liberalizar tasas de interés, sin restricción alguna, ha resentido el panorama jurídico diseñado antes de estos cambios (por lo general con parámetros de tasas máximas de interés y legislación sobre la usura) y en muchos casos se cuestione. ¿Podemos seguir aplicando tasas máximas como antaño a una realidad tan compleja como la actual?

La regulación en la Unión Europea también ha tenido ciertos problemas. Al ser extranacional, el Banco Central Europeo determina si sube o no la tasa de redescuento, aquella con la que presta a los bancos comerciales y, por supuesto, ello trae a su vez un efecto en los consumidores finales. Y esa decisión afecta a todos los países de la zona euro, con indudables disparidades de desarrollo; aparte que la crisis financiera del 2008 afectó más a unos que a otros. Igual sucede con las decisiones que tome la FED, el banco central de los Estados Unidos. Luego de la crisis del 2008 prácticamente tenía una tasa de interés cero, a fin que se tomen créditos baratos y reactivar así la economía.<sup>94</sup> El asunto está en que esos créditos parece que se han destinado para otros fines, más que todo para especulación en la compra de activos inmobiliarios y en la bolsa de valores, por lo que no solo puede repetirse la historia diez años después, sino que están preocupados por una eventual alza de precios y una

---

<sup>93</sup> Sobre el tema existe abundante bibliografía.

<sup>94</sup> Utilizando también un marco de políticas anticíclicas. Nota del tesista.



depreciación del dólar norteamericano, por lo que están comenzando a “enfriar la economía”, subiendo gradualmente la tasa de redescuento.

Todo ello hace preguntarse si no es necesaria una adecuada regulación, no solo de las instituciones financieras (que de hecho existe en nuestro país debido a los problemas económico-financieros que padecemos entre los años ochenta y noventa del siglo pasado), sino de una variable económica tan sensible como es la tasa de interés.

La pregunta es cómo regularla sin caer en ninguno de los dos extremos.

## **CAPÍTULO V**

### **TIPOS Y TASAS DE INTERÉS**

## SECCIÓN PRIMERA: ALGUNAS PRECISIONES OPERATIVAS

### 1. DEFINICIÓN DE INTERÉS:

En el campo jurídico, al definir qué son los intereses, generalmente las definiciones más precisas han preferido ceder el paso a los conceptos económicos; así Busso lo define como:

*“La compensación dada al acreedor por la privación del uso de algo a que él tiene derecho”.<sup>95</sup>*

La definición netamente utilitarista se refiere básicamente a los intereses compensatorios, producto de una convención entre acreedor y deudor.

Ruggiero, en cambio, trata de elaborar una definición más *jurídica*, al definirlos como:

*“Aquellas cantidades de cosas fungibles que el deudor debe al acreedor como compensación al disfrute de una mayor cantidad de aquéllas debidas también al acreedor; surgen o pueden surgir con respecto a una deuda cualquiera como obligación accesoria, cuyo contenido se fija con arreglo a un porcentaje sobre el capital”.<sup>96</sup>*

En esta definición entra en juego el carácter accesorio de los intereses, accesorio de una obligación principal que es el capital. Asimismo, abstrae el término interés del campo monetario a fin de determinarlo como *cosas fungibles* que originan una deuda.

Una definición más monetaria la

---

<sup>95</sup> Castillo-Osterling, Tratado de las Obligaciones, Vol. XVI, T. V, p. 267

<sup>96</sup> Op. cit., p. 268

ofrece Llambías, quien precisa que los intereses:

*“Son los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento”.*<sup>97</sup>

Llambías hace alusión a los intereses convencionales, sean compensatorios o moratorios. El mérito de su definición es que *aterriza* en la parte medular de la naturaleza de los intereses: su carácter monetario.

Para los fines prácticos tomaremos una definición económica bastante sencilla y generalmente aceptada, definir el concepto de interés como el precio que tiene el dinero, definición que cuenta con la ventaja adicional que es aceptada por los juristas al momento de enfocar el pago de las obligaciones:

*“Interés es el precio que tiene el dinero en función al capital y al tiempo transcurrido, por representar un capital ahorrado o un capital prestado”*<sup>98</sup>

Consiguientemente entran en juego cuatro factores: capital (dinero), tiempo (horizonte temporal), interés (tasa aplicable), y el riesgo, si éste es mayor, la tasa a aplicar también lo será en igual proporción.

La tasa de interés, entonces, vendría a ser el porcentaje aplicable a un tipo de interés determinado, sea este convencional (compensatorio o moratorio) o legal.

Resumiendo las distintas opiniones jurídicas o económicas, podemos

---

<sup>97</sup> Intereses y tasas. Villegas “C Schujman, p. 83

<sup>98</sup> Definición del tesista.

decir que interés es:

- 1) El precio por el uso de dinero ajeno.
- 2) Precio del alquiler de un capital.
- 3) Compensación por el uso de un capital ajeno.
- 4) Compensación por la privación del uso del capital al acreedor.
- 5) Pago por el daño que sufre el acreedor que es privado del uso de su capital.
- 6) Pago del riesgo que asume el prestamista por la posibilidad de no devolución del capital.
- 7) Precio del tiempo.
- 8) Precio de la "liquidez".
- 9) Impuesto a la ganancia del empresario.
- 10) Provecho financiero que se obtiene de un capital.
- 11) Toda prestación pactada a favor del acreedor.
- 12) Toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital, a cualquier título.
- 13) Remuneración periódica que se paga en dinero por una suma de dinero recibida.
- 14) Rendimiento de una obligación de capital.
- 15) Ganancia o rédito de un capital.
- 16) Fruto civil del capital.<sup>99</sup>

## 2. LOS INTERESES COMO FRUTOS CIVILES:

Dentro de este abanico de definiciones es de resaltar aquella que lo conceptúa como *fruto civil*, lo cual nos remite a los derechos reales, específicamente al artículo 891<sup>9</sup> del Código Civil, que indica como tales *a los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica*.

Justamente Colin y Capitant afirman que son frutos civiles *las cantidades de dinero que no proceden directamente de la cosa misma, sino*

---

<sup>99</sup> Villegas "C Schujman, op.cit., p. 84

*que resultan de su productividad porque son debidas por tercero en representación del disfrute de la cosa que le ha concedido el propietario.*<sup>100</sup>

Lo interesante de esta definición es que los frutos civiles lo cuantifican como cantidades de dinero que no nacen de la cosa en si (el capital) sino de su uso o productividad; y, por otra parte condicionan una relación jurídica de acreedor-deudor.

Valencia Zea le da una concepción economicista combinada con términos jurídicos al definir los frutos civiles como *los provechos económicos que resultan de las relaciones jurídicas, en virtud de las cuales se permite a otro el uso o goce de una cosa o una suma de dinero.*<sup>101</sup>

Por otra parte el Código Civil Italiano los define como  
*“Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi dei capitali (1224, 1282, 1815), i canoni enfiteutici (957 e seguenti), le rendite vitalizie (1872 e seguenti) e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni (1571 e seguenti)”.*<sup>102</sup>

Que lo podemos traducir como:

*“Los frutos civiles son la contraprestación por el disfrute que otros tienen. Estos son los intereses del capital, los pagos de arrendamiento, la renta vitalicia y cualquier otro tipo de rentas”.*<sup>103</sup>

El maestro Jorge Eugenio Castañeda definía a los frutos civiles como *los rendimientos obtenidos por el uso de la cosa fructífera por otro que no es el dueño. Así los intereses, las rentas, los alquileres, las mercedes conductivas. Dichos frutos son “Non natura, sed jure praecipiantur” [no por la naturaleza, sino por el derecho se reciben].*<sup>104</sup>

<sup>100</sup> Vázquez Ríos: Derechos Reales, T I, p. 133

<sup>101</sup> Vázquez Ríos, op. cit., p. 133

<sup>102</sup> Código Civil Italiano

<sup>103</sup> Traducción del tesista.

<sup>104</sup> Vázquez Ríos, op. cit., p. 134

Para concluir, los frutos civiles se denominan pendientes mientras se deben, y percibidos los que se reciben. Asimismo, los frutos civiles se perciben cuando se recaudan, perteneciendo al titular del derecho del bien.<sup>105</sup>

### **3. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES<sup>106</sup>:**

Dentro de las características podemos anotar las siguientes:

#### **3.1. Accesoriedad:**

Al ser los intereses “frutos civiles”, son *accesorios* al capital, de lo que se presume lo siguiente:

- a) La extinción del capital presupone también la de los intereses, salvo prueba en contrario. Principio recogido en el art. 1232º del CC.
- b) Los intereses adeudados por una obligación del causante se trasmite a sus herederos hasta donde alcancen los bienes de este (arts. 660 y 661 del CC).
- c) El pago de una obligación no se considera íntegra si no comprende también los intereses (art. 1221 CC).
- d) El recibo de pago de capital, sin reserva de los intereses, hace presumir el pago de estos (art. 1232 CC).
- e) Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses (art. 1258 CC).
- f) Consiguientemente, el acreedor puede negarse a recibir un pago si este está incompleto o se adeudan los intereses, salvo que la ley o el pacto lo autoricen (art. 1221 CC).

#### **3.2. Obligación del capital:**

---

<sup>105</sup> Vásquez Ríos, op. cit., pp. 134-135

<sup>106</sup> Hemos adaptado las características que describen Villegas y Schujman a nuestra realidad jurídica.

El interés presupone una obligación primera del capital que debe ser satisfecha de acuerdo al plazo convenido; pero a su vez los intereses pueden incorporarse al capital y ser una obligación principal, si existe pacto de anatocismo.

### **3.3. Liquidez de la deuda:**

Solo las deudas líquidas, por cantidad cierta y determinada en dinero o cosas fungibles, genera intereses.

### **3.4. Tiempo:**

Debe mediar un cierto tiempo de disposición del capital por parte del deudor, para que genere la obligación de intereses. Precisamente, el tiempo (horizonte temporal) conjuntamente con el capital, determinará el *quantum* de los intereses.

### **3.5. Riesgo:**

El riesgo es otro factor en la constitución de la tasa de interés. A mayor riesgo en la operación de crédito, la tasa será mayor, y a menor riesgo, la tasa también.

### **3.6. La tasa:**

Generalmente la tasa de interés se mide en un porcentaje, al que se denomina “tasa de interés”.

## **4. LOS PRINCIPALES TIPOS DE INTERÉS INTERNACIONALES:**

A nivel de las transacciones financieras internacionales tenemos dos tipos de interés muy utilizados y de los cuales quizás hemos escuchado hablar frecuentemente: El LIBOR (London Interbank Offered



Rate), “*tasa que fijan los bancos de Londres por depósitos interbancarios*”<sup>107</sup>, tipo de interés que es utilizado en dos operaciones financieras muy comunes: ahorros y préstamos, variando de acuerdo a un margen o diferencial, llamado Spread.

El otro tipo, es la Prime Rate, “*tasa que cobran los bancos de Estados Unidos por créditos que conceden a sus clientes preferenciales, y que se incrementa en un margen denominado spread según es mayor el riesgo del cliente*”.<sup>108</sup>

Estos dos tipos de interés, el LIBOR y la Prime Rate son los más utilizados en las operaciones financieras internacionales. En las operaciones financieras locales tenemos dos tipos de interés clásicos: el tipo de interés de redescuento y el tipo de interés bancario.

El primero es aquel que cobra el Banco Central de Reserva por el dinero colocado a las instituciones de intermediación financiera, denominadas operaciones de redescuento.

El criterio que tiene el Banco Central al fijar la tasa de éste tipo de interés depende de la Política Monetaria que siga: por ejemplo, si se trata de reactivar la economía, quizás la banca central considere que el tipo de redescuento deba ser por debajo del índice inflacionario, para que el crédito concedido a los usuarios finales (el público) sea con una tasa también baja, cosa que los costos de producción (uno de cuyos componentes es el crédito) sea menor.

---

<sup>107</sup> Rivas Gómez, Víctor: Terminología bancaria y financiera, p. 260

<sup>108</sup> Ib., p. 315

Estos dos tipos de interés, principalmente el último, son muy conocidos en nuestro medio, para el caso de las obligaciones públicas internacionales (deuda externa). Los bancos comerciales al conceder un crédito aplican una cláusula en el contrato en la que se estipula que la tasa de interés será la Prime Rate o la LIBOR, tasas flotantes, por lo que las obligaciones contraídas, en cuanto al pago total por el precio del dinero prestado será incierto, debido a que los bancos acreedores pueden disponer de un margen de libertad a fin de reajustar la tasa, lo cual casi siempre resulta oneroso para un país con escasa capacidad de pago. NA

Si por el contrario, tenemos una economía “*sobrecalentada*”, donde la demanda de bienes y servicios supera a la oferta existente y se corre el peligro de una alta inflación, el Banco Central subirá la tasa de redescuento bancario a niveles cercanos al índice inflacionario (o incluso por debajo), a fin de desincentivar a los sujetos económicos a solicitar créditos para la adquisición de bienes o servicios. El efecto que se busca es todo lo contrario al caso anterior, es decir se trata de “*enfriar*” el aparato productivo por un tiempo determinado hasta que las condiciones (disponibilidad de divisas, capacidad de producción, etc.) hagan propicia una nueva reactivación.

Naturalmente que la Política Monetaria no tendría éxito con solo estos mecanismos, es necesario contar con otros instrumentos y tener en cuenta que la Política Monetaria está subordinada a la Política Económica General.

El otro tipo de interés, el tipo de interés bancario, es el que aplican los intermediarios financieros (bancos, financieras, cajas de ahorro, etc.) al usuario o consumidor final, es decir a todos los sujetos económicos que necesitan un crédito. Debemos tener presente que el tipo de interés bancario estará sujeto al tipo de redescuento que la Banca Central concede a los intermediarios financieros. Si el tipo de redescuento es alto, el tipo de interés bancario cobrado a los usuarios finales lo será también, e igualmente en sentido contrario.

Tenemos, asimismo, los tipos de interés de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico vigente (contenidos en el Título referente al pago en el Código Civil), que se aplica a las transacciones entre los particulares: el interés compensatorio, el interés moratorio y el interés legal.

Las tasas para las operaciones activas son aquellas aplicables a las operaciones concernientes a los créditos (colocaciones) y varían de acuerdo al tiempo en que el capital sea devuelto en su totalidad.

Contablemente las colocaciones se encuentran en el activo de los intermediarios financieros.

Las tasas de interés para las operaciones pasivas se refieren a aquellas aplicadas a las operaciones de depósito (ahorro) en sus diversas modalidades. También varían de acuerdo al tiempo en que el sujeto económico decida tener depositado su dinero, como a la operación en sí, es decir, el ahorro clásico o si se trata de depósitos a plazo. La diferencia entre ambos radica en que en el primero el depositante puede retirar su dinero cuando lo crea conveniente, en el segundo, su capital permanece inmovilizado por un tiempo determinado, por lo que el incentivo a éste tipo de depósito es mayor. Contablemente se encuentran en los pasivos de las instituciones financieras.

Adicionalmente, existen las tasas de interés preferencial (tasas subsidiadas) para ciertos sujetos económicos específicos y para un fin social o económico determinado, por ejemplo, para los productores del sector agrícola.

Para terminar, diremos que las tasas aplicadas al momento de calcular el monto a pagar por un crédito desembolsado o por un depósito de dinero ahorrado, se tendrán en cuenta a su vez dos tasas: la tasa de interés nominal y la tasa de interés efectiva o real. La segunda es producto de la primera (previa operación matemática) y es la tasa efectivamente cobrada o redituada en cada operación, sea de créditos o de ahorros. Para los créditos incluye gastos, comisiones y demás componentes del costo efectivo. Conforme a la legislación vigente de defensa del consumidor, es la tasa que se debe informar expresamente al consumidor que decida tomar un crédito.

## **5. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LAS TASAS DE INTERÉS:**

Las tasas de interés, es decir, *el porcentaje aplicable* a una cantidad de dinero (capital) por un tiempo determinado (horizonte temporal),

va a influir en la determinación de los sujetos económicos sea para ahorrar o para solicitar un crédito.

De allí que una tasa elevada atraiga a los ahorristas y disuada a muchos prestatarios, y, en una economía frágil y pequeña, con brechas significativas en la renta de los sujetos económicos, influirá notablemente. Caso contrario es en los países desarrollados y fuertemente industrializados, donde un aumento en la tasa de redescuento (lo cual influirá para que los bancos comerciales aumenten su tasa de interés a los usuarios finales), no inducirá demasiado a disuadir a un sujeto económico de solicitar un crédito o de ir al banco a depositar su dinero, en vista que las brechas en la renta de los sujetos económicos, si bien existen, no son tan significativas o abismales como en los denominados “países emergentes”, por lo que al darse aisladamente una alza en la tasa de interés, no tiene el efecto que sí tendría en un país con desigualdades abismales en el ingreso per cápita.

Caso contrario, sucede con la tasa de redescuento de la FED, el banco central de los Estados Unidos, la cual sea en un aumento o disminución de décimas afecta incluso a las economías de otros países, dado que el dólar norteamericano sigue siendo la moneda por excelencia en las transacciones económicas o como medio de ahorro. De allí la alta discrecionalidad que tienen las autoridades de la FED en subir o bajar sus tasas, debido a que el efecto colateral puede ser perjudicial para terceros.

## **6. DIFERENCIA ENTRE TIPO Y TASA DE INTERÉS:**

Usualmente se tiende a denominar indistintamente tipo y tasa de interés. Cuando un sujeto económico se dirige donde un intermediario financiero en busca de información de un crédito se le dice que el *tipo de interés* cobrado es de “tanto por ciento”, o que la *tasa de interés* del redescuento bancario afectará la toma de créditos en el corto plazo.

*Tipo de interés* se refiere a las clases de interés que existen. Como vimos en los apartados anteriores, existen diferentes tipos de interés,

tanto para las operaciones financieras internacionales como locales. *Tasa de interés* es más bien el porcentaje aplicable a un tipo de interés en una operación financiera determinada. Todo tipo de interés tiene una gama de tasas y toda tasa corresponde necesariamente a un tipo de interés.

## **7. DE LA SELECTIVIDAD EN LAS TASAS DE INTERÉS O DEL SUBSIDIO DE ALGUNA DE ESTAS:**

Luego de la gran crisis mundial de 1929, el Estado decide intervenir activamente en la economía, una de las formas sería estableciendo tasas de interés selectivas para algunas operaciones financieras, a fin de fomentar el crecimiento de ciertos sectores de la actividad económica.

Es así como nacen las tasas de interés preferencial, que son aquellas que se cobran a los préstamos destinados a actividades o clientes específicos y que se encuentran muy por debajo de las tasas cobradas comercialmente. La finalidad es fomentar ciertas actividades económicas como, por ejemplo, la agricultura o la vivienda, a efectos que la amortización del crédito no sea tan onerosa y pueda beneficiar a la mayor cantidad de sujetos económicos.<sup>109</sup>

Al final de cuentas las tasas subsidiadas las pagamos todos, al ser captados los recursos para esa finalidad vía los ingresos fiscales, o también vía créditos internacionales *blandos*.

Por otra parte, el efecto beneficioso de las tasas subsidiadas puede anularse si se da en forma aislada y no existe la necesaria complementariedad con otras medidas paralelas. Por ejemplo: si a un miniproducción agrícola sólo se le concede un crédito a interés subsidiado, pero no cuenta con el apoyo técnico y los insumos necesarios, difícilmente

---

<sup>109</sup> Las tasas de interés subsidiadas obedecen a una política de corte keynesiano. En una política monetaria ortodoxa estas se encuentran proscritas, casi se podría decir que son un *tabú económico*.

va a tener un incremento productivo de sus tierras, *finalidad económica buscada*. O si a ese mismo miniproducer se le concede ese mismo crédito a interés subsidiado, pero no se hace un seguimiento del destino que tendrá el crédito, es probable que frente a los bajos precios de los productos agrícolas, no lo destine a sus tierras, sino a otros fines, como la compra de un electrodoméstico, de un vehículo, comprar moneda extranjera considerada “fuerte” o a un fondo de inversión.

El subsidio de las tasas de interés es apenas un instrumento que es necesario complementarlo con otros, a fin de conseguir el efecto esperado. Por eso, cuando se trata de subsidiar tasas de interés, las autoridades de gobierno deben de tener mucho cuidado, como con cualquier subsidio, en vista que en más de una ocasión no tendrá el fin buscado, sino todo lo contrario.

## SECCIÓN SEGUNDA: DINERO E INTERÉS

Como veíamos en la sección anterior, usualmente son los economistas quienes mejor han definido los intereses como “el precio del dinero”. Pero, ¿qué es el dinero? O qué consideramos dinero.

De nuevo son los economistas quienes han sido más precisos al calificarlo como “medio de cambio” para el intercambio de bienes y servicios (lo que los juristas denominan “medio de pago”). Y todo parece indicar que esa fue su finalidad práctica conforme las transacciones económicas se volvieron más complejas y se abandonó el trueque, primera forma de intercambio. Como vimos en el capítulo anterior, las unidades de intercambio fueron varias desde la sal y las hojas de tabaco, pasando por las conchas marinas hasta las bebidas espirituosas. Posterior a ello, en las sociedades más sofisticadas del mundo antiguo pasa a ser considerado “dinero” el oro y la plata, metales escasos y que servían como unidades de intercambio.

La historia también coincide que en un primer momento la creación de dinero fue espontánea, producto más del pragmatismo y las necesidades del comercio que de una regulación estatal, la cual recién entra a tallar cuando las operaciones con el dinero se hacen bastante comunes y existe una diversidad de “unidades de intercambio”, por lo que se hace preciso una uniformización. Nacen dos conceptos claves para entender el rol del estado en este campo: el dinero de curso legal y curso forzoso.

El primero se refiere al valor nominal que el estado, en su arbitrio, certifica a las unidades monetarias en circulación, sin que la sociedad o los particulares puedan discutir dicho valor.<sup>110</sup>

En cambio, el curso forzoso se refiere a que los particulares se

---

<sup>110</sup> Osterling y Castillo: Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú, p. 5

encuentran obligados a recibir la moneda legal establecida por el estado.<sup>111</sup>

Como bien dice el maestro ambos conceptos se encuentran íntimamente relacionados. Y es que el estado, en atribución de su *ius imperirum*, *monopolizó* la emisión y circulación del dinero, y después de ello se abocaría a regular las tasas de interés.

Pero hemos hecho mención a dos conceptos que parecen iguales sin serlo: dinero y moneda.

La moneda o las unidades monetarias se refieren al patrón de referencia emitido y aprobado por el estado para el uso de las transacciones de y entre los particulares y el propio estado. Así tenemos distintas unidades monetarias: el sol peruano, el peso argentino, el dólar norteamericano, el euro, etc.

Incluso podríamos agregar en esta serie de unidades monetarias al *bitcoin*, moneda aceptada en distintas transacciones por internet y que es la única no regulada por ningún estado u organismo supranacional.

Claro, el término “moneda” alude a que hasta entrado el siglo XX la predominancia de las unidades de intercambio era de metal, generalmente de una aleación de metales, así teníamos monedas de oro, plata, cobre.

En cambio el dinero se refiere a la parte física de esa moneda y que puede estar impreso en papel (conocido también como “papel moneda”), acuñado en metal (usualmente en bajas denominaciones de valor), o también en dinero virtual, producto de las transacciones electrónicas; y cuya finalidad es varia: como bien útil para los intercambios económicos (medio de pago desde el punto de vista jurídico), como medio de ahorro (reserva) o como garantía ante alguna obligación.

---

<sup>111</sup> Op. cit.



El dinero se encuentra considerado por muchos tratadistas como un bien, mueble para mayores detalles, fungible dentro de sus características, y que genera frutos civiles: los intereses.

Siempre fue una discusión el tema de cómo el dinero genera más dinero a través de los intereses. Para muchos son entendibles los frutos naturales o los frutos industriales, en la tradicional clasificación en los derechos reales, pero frutos civiles, como que el concepto requiere de mayor elaboración.

Como lo entiende la tratadística en reales, frutos civiles son aquellos generados por una relación jurídica, comunmente conocidos como derechos.<sup>112</sup> Pueden nacer por acuerdo entre las partes, decisión unilateral o por la ley

Lo cierto es que se trata de un concepto bastante abstracto, y, en lo que se refiere al dinero en particular, se genera sobretudo por las convenciones entre los particulares (entre los “civiles”) que van a dar lugar a la creación de más dinero, casi siempre por medio de un préstamo a título oneroso, o una inversión dineraria que genera utilidades.

Como vimos en la sección anterior, es en esa característica (de fruto civil que genera más dinero) donde el estado entra a tallar regulando las tasas de interés. Desde las regulaciones extremas, con topes fijos, hasta las más flexibles con amplio margen de acción para los particulares.

Lo cierto es que ha sido siempre una preocupación encontrar ese “justo medio” en las tasas de interés. Vimos también que en ciertas épocas incluso se llegó a prohibir el cobro de intereses, lo cual dio origen a la oferta de créditos por una raza anatematizada: los judíos, únicos que podían ofrecer préstamos a interés, dando origen a lo que conoceríamos después como bancos (en honor a los banquitos de madera donde estaban sentados

---

<sup>112</sup> Varsi, Enrique: Tratado de derechos reales, T.1, p.91

en el mercado ofreciendo los préstamos a interés).

En fin, esa creación de dinero siempre fue polémica, no exenta de controversias o prohibiciones, incluso teñida de criterios religiosos o morales.

Es en ese campo, donde el derecho gradualmente comenzará a ir regulando, a trompicones a veces, otras un poco más sereno, pero siempre buscando ese “justo medio”, algo bastante complicado como vimos también, si tomamos en cuenta que el choque entre el “debe ser” y “lo que es”, posibilitó la primacía del segundo sobre el primero, o si se quiere la primacía de la realidad sobre los criterios jurídicos o morales.

## SECCIÓN TERCERA: LOS INTERESES EN EL ORDENAMIENTO CIVIL

Desde el punto de vista monetario el término “interés” ha tenido distintas definiciones. Desde la compensación dada al acreedor por la privación del uso de un bien (Winscheid), pasando por una retribución periódica al deudor (Nussbaum) o la ya clásica de “frutos civiles del capital” (Rezzónico).<sup>113</sup>

Pero la que nos ha parecido siempre más ajustada a la realidad económica es la de Ennecerus: el rendimiento de una obligación de capital.<sup>114</sup> O lo que es igual: *el precio del dinero*.

Usualmente se encuentran clasificados en dos grandes grupos, atendiendo a su fuente u origen: los intereses convencionales y los intereses legales.

Los convencionales a su vez se subdividen en compensatorios y moratorios.<sup>115</sup>

### I. LOS INTERESES CONVENCIONALES

Llamados así porque son fruto de la convención o acuerdo entre las partes. Fue la función inicial de los intereses. Los préstamos que se otorgaban significaban una compensación o lucro para quien desembolsaba el dinero y el acuerdo de una tasa de interés en retribución.<sup>116</sup>

Los intereses convencionales se subdividen en compensatorios y

---

<sup>113</sup> Villegas y Schujman: Intereses y Tasas, pp.81-83

<sup>114</sup> Op. cit., p. 81

<sup>115</sup> Como veremos más adelante, los nombres que recibirán en distintas legislaciones van ha variar.

<sup>116</sup> Como ya vimos en el capítulo precedente, lo que siempre ha sido controversial es la fijación de la tasa. Ha habido épocas en la historia en que los estados fijaban una tasa máxima, en otras, la injerencia estatal fue más flexible.

moratorios.<sup>117</sup>

## 1. LOS INTERESES COMPENSATORIOS:

Como hemos visto, los intereses siempre han sido considerados como un rédito o beneficio, de allí que el interés compensatorio haya recibido distintos nombres como “interés retributivo”, “lucrativo”<sup>118</sup> o “interés mercantil” como lo llamaba Adam Smith en su libro *La riqueza de las naciones*.<sup>119</sup>

Pero, el principal problema siempre ha estado en regularlo. Como hemos visto el estado ha oscilado entre posiciones totalmente controlistas de los intereses compensatorios, lindando con el prohibicionismo en algunos periodos históricos o fijando topes a las tasas hasta el extremo opuesto, la libertad total en el pacto; y, en el medio, una serie de opciones.

Lo cierto es que los intereses compensatorios han tenido y tienen una función esencial: la de retribuir o “compensar” por un capital (generalmente expresado en dinero) otorgado a un tercero. Gracias a los intereses compensatorios se generan los llamados “frutos civiles”.

Mucho se ha especulado si estos intereses deben llamarse compensatorios o retributivos. Lo cierto es que más allá del nombre, lo importante es la función que siempre han cumplido desde la antigüedad. Si traspolamos el “acto mágico” que en la antigüedad se especulaba de cómo el dinero se multiplica, la respuesta está en este tipo de intereses y la función vital que cumplen en la economía.

---

<sup>117</sup> Existen variadas clasificaciones, por ejemplo, la que realiza el maestro Aníbal Torres en su obra *Teoría General de las Obligaciones*. Vol I, pp. 574-577

<sup>118</sup> Villegas y Schujman, op. cit., p. 109

<sup>119</sup> Smith, Adam: *La riqueza de las naciones*, Vol. I, p. 138. Caso similar sucede con el interés moratorio, definido por A. Smith como *usura punitiva*, permitido en caso de demora o atraso del deudor, entendido desde la interpelación judicial, p. 139. Estas reminiscencias de la doctrina liberal llegaron a nuestro país y tocaron a nuestros primeros códigos.

## 2. LOS INTERESES MORATORIOS:

Si los intereses compensatorios tienen por función retribuir por un capital otorgado a un tercero, los intereses moratorios tienen por función retribuir por el atraso en el cumplimiento de la prestación. Algunos tratadistas lo denominan como “punitorios”<sup>120</sup>, un tanto en los usos que le otorgaba Adam Smith, que los denominaba como “usura punitiva”<sup>121</sup>.

Al igual que los intereses compensatorios, requieren previo pacto entre acreedor y deudor, fijar la tasa, que exista un plazo (expreso o tácito) para el cumplimiento de la prestación y el vencimiento del plazo en el cual se debe cumplir con la prestación.

¿Cuándo se constituye en mora el deudor a fin que se reditúen los intereses moratorios?

La doctrina no es pacífica al respecto. Para algunos es al momento de ser requerido por la obligación vencida y se vincula mucho con la mora intuitu personae. Otros consideran que basta se haya vencido la obligación y comienzan a redituarse sin necesidad de intimación al deudor. Para Adam Smith, en su obra ya citada, comenzaban a redituarse desde la interpelación judicial.

Algunos tratadistas –citados por Osterling y Castillo- han sostenido que de no requerirlos el acreedor, se sobreentiende que le está otorgando una prórroga tácita al deudor.<sup>122</sup> Lo cierto es que de existir pacto, los intereses moratorios “comienzan a correr” desde la fecha de vencimiento del cumplimiento de la prestación, sin necesidad de requerimiento, como bien lo expresaba el Código Civil Vélez Sarsfield (“desde el vencimiento de ella [de

---

<sup>120</sup> Villegas y Schujman, op. cit., p. 135

<sup>121</sup> Smith, Adam, op. cit., p. 139

<sup>122</sup> Osterling y Castillo, op. cit.

la obligación]”.<sup>123</sup>

Es lo más sensato, si tomamos en cuenta que el acreedor, a su libre arbitrio, tiene potestad para condonar los intereses o hasta el principal; por lo que no podemos suponer que de no requerirlo le estaría otorgando una prórroga tácita al deudor.

Otro aspecto medular con respecto a los intereses moratorios es si vencida la obligación se suspende el pago de los intereses compensatorios y solo se cobran los intereses moratorios. Algo de ello señala el maestro Osterling en el artículo ya citado.<sup>124</sup> Sostiene el maestro que habiendo vencido el plazo para la devolución del mutuo (tratándose de obligaciones dinerarias), no cabría cobrar intereses compensatorios.

Coincido con Villegas y Schujman<sup>125</sup> en el sentido que no hay inconvenientes para la acumulación de ambos intereses,<sup>126</sup> en vista que cada uno cumple distinta finalidad. Tengamos presente que el deudor no ha cumplido con pagar la obligación, por lo que conserva el mutuo en su poder, por tanto la “retribución” tiene una perfecta equivalencia, a fin que el patrimonio del acreedor no se vea disminuido.

Caso contrario sucede con la función de los intereses moratorios, los que resultan en una suerte de “sanción” por el incumplimiento del deudor al vencerse el plazo.

Otro aspecto neurálgico es el referente a si los intereses moratorios cubren lo que es la indemnización por daños al acreedor por el incumplimiento.

Considero que un aspecto diferente es la indemnización por daños ocasionados al acreedor y otro aspecto distinto la sanción por el retraso en

---

<sup>123</sup> CC Vélez Sarsfield, art. 622, citado por Villegas y Schujman, p. 142

<sup>124</sup> Osterling y Castillo, op. cit.

<sup>125</sup> Villegas y Schujman, op. cit., p. 144

<sup>126</sup> Llabrás indica que solo procede previo pacto de las partes. Villegas y Schujman, op. cit., p. 144

el cumplimiento. No siempre habrá indemnización por daños, pero de pactarse, habrá siempre intereses moratorios.

La indemnización por daños en el incumplimiento cubre lo que se denomina en la doctrina daño emergente y lucro cesante, si se trata de daños patrimoniales. Y cubrirá el “daño moral”, de tratarse de daños directos a la persona.<sup>127</sup> Lo que veremos en mayor amplitud en capítulo aparte.

En conclusión podemos decir que en el polémico tema de los intereses moratorios, estos son acumulables junto a los intereses compensatorios, de existir pacto de ambos; que los intereses moratorios no reemplazan a los compensatorios, salvo que no se haya pactado los primeros; y que la indemnización por daños al acreedor –previamente demostrable o probada por este- no puede ser reemplazada por los intereses moratorios.

Y para terminar nos preguntamos si se aplica intereses moratorios a favor del deudor.

Personalmente creo que sí, cuando quien incurre en mora es el acreedor, que sucede cuando este no quiere colaborar en el cumplimiento de la prestación. Pero requerirá pacto previo para su aplicación, caso contrario se reeditarán los intereses legales.

## **II. LOS INTERESES LEGALES Y JUDICIALES:**

Son los intereses subsidiarios que se aplican cuando las partes no han pactado intereses, ni compensatorios ni moratorios. Es una tasa que la fija el estado periódicamente. De allí el nombre que reciben (“emanan de la ley”).

En cambio, los intereses judiciales son los que fija el órgano

---

<sup>127</sup> Que lo de “daño moral” tampoco es muy preciso. NA

jurisdiccional en caso de litis de las partes. Puede ser cuando exista o no pacto de por medio.

Cuando existe pacto, si el deudor ha pagado parte de la prestación, podrá ordenar la reducción de los intereses, compensatorios o moratorios, previamente pactados, considerando los pagos parciales efectuados por el deudor.

Y de no existir pacto, ordenará el pago de los intereses legales, situación que se aprecia a menudo en obligaciones tan comunes como las prestaciones alimenticias, de rentas atrasadas por alquiler de bienes o de pagos de retribuciones laborales.



## **SECCIÓN CUARTA: ENFOQUE JURÍDICO-ECONÓMICO DE LOS INTERESES.- UNAS REFLEXIONES PERSONALES**

Los epígrafes citados al inicio de la presente tesis tuvieron por finalidad advertir al lector que no se trata de una tesis meramente de “recopilación de autores” sino que buscaba desentrañar un tema bastante tocado, pero que no se llegaba a relevar su verdadero sentido sino se relaciona con el aspecto económico. De nada vale que giremos y giremos sobre doctrinas y más doctrinas, sino le otorgamos su real sentido económico.

Generalmente los juristas, poderes públicos y operadores del derecho que le encontraron ese sentido oculto, son los que mejor han sabido aplicar las instituciones al “mundo real”.

Es que el derecho, al final de cuentas, es una herramienta creada por el hombre para, más o menos, resolver conflictos. Los romanos fueron los que mejor captaron ese sentido último del derecho. Y un tanto de esa vertiente, digamos pragmática, recaló en el mundo anglosajón, cuando el imperio romano llegó a las islas británicas.

Obligaciones es quizás la parte más abstracta y un tanto “difícil” de enseñar a un estudiante del pregrado. Por lo general hay que ilustrar el tema con una serie de ejemplos y casos que permiten comprender al bisoño estudiante las instituciones de Obligaciones.

Pero, Obligaciones también es uno de los pocos libros del Código Civil que no han sido tan dramáticamente modificados. Mientras otros libros del CC “envejecen” rápidamente y requieren modificaciones sustanciales, Obligaciones es uno de los pocos que se mantiene incólume, salvo pequeños cambios.

Quizás ello obedezca a que se ha podido sintetizar magistralmente ciertos principios del derecho obligacional en sentencias bastante lacónicas. Su redacción es impecable, hay que reconocerlo. Y esos principios pueden ser aplicados en cualquier contexto económico. El resto lo “completa” la jurisprudencia y la doctrina.

Creo que ese es el “gran secreto” de la permanencia de los principios de Obligaciones en el tiempo, y en especial del capítulo de los intereses, por más que las sociedades o los modelos económicos cambien. Mientras exista una sociedad donde uno da y el otro recibe algo a cambio, mientras exista un deudor y un acreedor, siempre habrá Obligaciones.

## **CAPÍTULO VI**

### **TIPOS Y TASAS DE INTERÉS EN EL PERÚ**

## SECCIÓN PRIMERA: BREVE HISTORIA DE LOS TIPOS Y TASAS DE INTERÉS EN EL PERÚ<sup>128</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los tipos y tasas de interés nació a los pocos años de la vida republicana. Como sabemos, los primeros cincuenta años estuvieron plagados de inestabilidad política y caudillismo militar; la democracia no funcionaba por estos lares debido, entre otros factores, a que no era el producto de un proceso histórico, muchas veces lento y doloroso, como había sucedido en Europa, sino más bien algo postizo.<sup>129</sup>

Producto de este caos fue la división, en 1836, del territorio entre el Estado Nor-Peruano y el Estado Sur-Peruano, ambos bajo la protección del Mariscal Santa Cruz. Un estado necesita un sistema jurídico y el Estado Nor-Peruano era consciente de ello: así nace en el mismo año de 1836 el Código Civil del Estado Nor-Peruano<sup>130</sup>, Código que no se considera propiamente como el primero de nuestra historia jurídica, pero que tiene cierta relación. Veamos que decía sobre los intereses.

---

<sup>128</sup> LA SIGUIENTE SECCIÓN ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/), [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com) Y [WWW.MONOGRAFIAS.COM](http://www.monografias.com)

<sup>129</sup> Quizás habría sido más conveniente el sistema propuesto por San Martín, consistente en una suerte de Monarquía Constitucional. Un sistema político de esa naturaleza, a la larga, habría dado mayor estabilidad política a la incipiente nación peruana, que la tenida con el modelo republicano, totalmente ajeno a nuestra historia. Ref.: *Democracia, derechos humanos y orden económico: una reflexión en el camino*. Ensayo del autor. Revista *El Jurista*, N° 4, Diciembre, 1991, pp. 208-214.

<sup>130</sup> Código Civil del Estado Nor-Peruano de 1836. Edición oficial, Lima, 1836, 200pp.

Llamado también Código Santa Cruz, por la protección del caudillo. Veamos lo que dice Basadre de éste momento tan crucial de nuestra historia republicana:

“El 11 de Agosto de 1836 fueron sancionados la creación del Estado Nor-Peruano, el reconocimiento del Estado Sur-Peruano y la entrega de la plenitud del poder público a Santa Cruz como Supremo Protector e Inviecto Pacificador...” . Historia de la República del Perú, T. II, p.312.

En el Capítulo VII: Del préstamo a interes (sic), del Libro III (De las diferentes maneras de adquirir la propiedad), Título XI (Del préstamo). Define el préstamo a interés como *“un contrato por el que uno recibe y otro da cierta cantidad de dinero o efectos, con la condición de devolverla dentro del término señalado, pagando una cantidad, además del valor principal”*. (art. 1264º)

Se define el préstamo a interés como una contraprestación de una obligación con un valor añadido (el interés), y siendo un contrato, se define inmediatamente después del capítulo dedicado a las obligaciones del mutuuario.

Este orden es natural en la época, dado que se entendía los préstamos a interés como una consecuencia del contrato de mutuo.

En cuanto a los tipos de interés, fija dos: el legal y el convencional. El primero es el fijado para los casos en que no hay convenio expreso, siendo la tasa del seis por ciento anual (art. 1265º, primer párrafo); el Convencional es el estipulado por las partes, fijando un máximo de dos por ciento mensual (art. 1265º, final).

Recoge el espíritu del Código Napoleón en cuanto a la libertad de las partes para pactar, pero poniendo un tope, a fin de evitar el abuso del acreedor, tal como sucedió en la Francia de inicios del siglo XIX.<sup>131</sup> Ordenaba tasas fijas de interés (6% anual la legal y 2% mensual la convencional), hecho que era bastante común.

Sobre los intereses moratorios, no se especificaba como tales, pero el art. 1269º indicaba que en caso de no cumplir con lo pactado (capital más intereses) en el tiempo estipulado, el sujeto deudor se verá obligado a

---

<sup>131</sup> El Código Napoleón tomaba el espíritu liberal de la Revolución Francesa e inicialmente no tenía límites a la libertad de pactar tasas de interés por el dinero prestado (art. 1905º); pero, posteriormente, fijó ciertos límites por medio de leyes reglamentarias a los réditos cobrados. Ref.: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVI, p. 410.

“satisfacer costos y daños”, caso donde no se haya establecido “alguna pena convencional” que los reemplazara. Costos y daños, debe entenderse como una indemnización por daños y perjuicios, cuyo monto puede ser fijado por el sujeto dañado y, si es materia de litis, por el Juez.

Siguiendo con la historia, el Estado Nor-Peruano no duró mucho y el Código Civil quedó en el rincón de los recuerdos. Cuando nuestra república poco a poco comenzó a tener cierta estabilidad, en 1852 entra en vigencia el que es considerado oficialmente como nuestro primer Código Civil<sup>132</sup>, también con fuertes influencias del Código Napoleón.<sup>133</sup>

El Código Civil de 1852 no es tan sistemático como el Código del Estado Nor-Peruano en lo referente a los intereses, debido a que coloca dispositivos dispersos sobre la materia dentro del Contrato de Mutuo.

Estipula dos tipos de intereses: el legal, cuya tasa es del seis por ciento y únicamente para los casos en que no exista convenio expreso (arts. 1274º y 1821º). El otro tipo es el interés convencional, fijado por las partes y sin tasas máximas.

Señala ya expresamente la mora, previa acción judicial, indicando que la tasa es aquella de los intereses convencionales pactados o, en su defecto, los legales: *“Si no hay intereses convencionales, el deudor moroso es responsable del interés legal; que correrá desde que sea demandado hasta que se verifique el pago”* (art. 1820º).

Asimismo, el Código Civil de 1852 permite la capitalización de intereses (anatocismo), previo convenio expreso y después de dos años de atraso: *“No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; ya entonces, por medio de un convenio que conste por escrito”* (art.

---

<sup>132</sup> Código Civil del Perú de 1852. Anotado y concordado por Miguel Antonio de la Lama, 3a. Edic., Lima, 1905, 848pp.

<sup>133</sup> Muchos Códigos Civiles latinoamericanos de aquella época tuvieron una fuerte inspiración directa en el *Code Napoleon*.

1823<sup>o</sup>).

A pesar de existir ese ambiente liberal que hacía propicia las transacciones económicas con amplitud, estas no eran tan intensas en el Perú de mediados del siglo XIX como en otros países vecinos con un mayor grado de avance en el sistema de capitalismo dependiente impuesto por Inglaterra a las colonias españolas liberadas. Recordemos que por aquella época la frase “el Perú es Lima” tenía toda su vigencia y, como decíamos en capítulo anterior, es necesario que exista una producción a gran escala acompañada de transacciones comerciales intensas para que se repita con frecuencia los préstamos a interés, y tengan así significación en la vida económica del país.

Asimismo, fruto de nuestra tradición católica, los préstamos a interés eran mal vistos, por lo que el gobierno de la época, en 1918, se vio obligado a promulgar una Ley sobre Agio y Usura (Ley 2760).

La ley trató de controlar todo abuso que los prestamistas quisieran hacer sobre los sueldos no devengados, cédulas de montepío o pensiones de los más necesitados. Pero, como sucede muchas veces, la necesidad puede más que la norma y es así que en 1949, mediante Decreto Ley N° 11078, se reconoce que los fines de la Ley sobre Agio y Usura “*no sanciona en forma efectiva y rápida estos hechos*”, por lo que se trata de corregir esta deficiencia. En lo concerniente a las tasas de interés, considera este Decreto Ley que una tasa superior al 14% anual (recordemos que la inflación por aquella época era reptante, menos del 10% anual), o una tasa que “*no esté de acuerdo con los tipos de interés y modalidad que señala la ley de Bancos*”, era considerado como delito de Agio y Usura.

Pero, todo quedó en letra muerta y la necesidad siguió siendo superior a cualquier ley y así el delito de Agio y Usura apenas tuvo vigencia en el papel donde se imprimió la norma.

En 1936 fue promulgado nuestro segundo Código Civil. En lo

tocante a los intereses, fijaba un interés legal del 5% (art. 1325º); y si bien no establecía topes en cuanto a las tasas a cobrar, la Ley de Agio y Usura era la que establecía indirectamente los topes.

No obstante toda esta cuidadosa legislación, el fenómeno de la inflación comenzó a golpear severamente a nuestro país desde mediados de los años setenta y origina que los intereses estipulados en el Código del 36 así como en la Ley de Agio y Usura sean francamente irrisorios, por lo que se promulga el DL 21504 (Mayo de 1976) que modifica el interés convencional a la tasa máxima del 19%, pero lo más importante es que delega en el Banco Central de Reserva la tarea de fijar los tipos y tasas de interés para las operaciones financieras que realizan las empresas bancarias y las instituciones de ahorro.<sup>134</sup>

Con esta medida, el Banco Central periódicamente fijará los topes máximos permitidos, dejando de lado las tasas inamovibles que por años se mantuvo, práctica que será asumida por nuestro Codificador del 84.

En Junio de 1982, por Ley 23413, se modifica el art. 1325º del CC sobre el interés legal del 5%, reconociendo que debe ser el Banco Central de Reserva quien fije periódicamente la tasa para los casos en que no exista convenio expreso.

Así llegamos a 1984 y, con la promulgación de nuestro tercer Código Civil, lo relacionado con el pago de intereses es mucho más preciso y sistemático. En cierta forma hemos retornado al Código del Estado Nor Peruano de 1836 y al Código Civil de 1852, en el sentido que tipifica más claramente los tipos de interés y es más ordenado al respecto, como veremos en detalle en la sección tercera.

---

<sup>134</sup> Castro Gallo, Mario: Manual de Intereses por deudas, p. 5



## SECCIÓN SEGUNDA: EL BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ<sup>135</sup>

La regulación de las tasas de interés ha caído siempre en el dominio del derecho público, pero para que sea viable esta regulación era necesario un organismo del propio Estado que realice tal fin. Como vimos en el capítulo referente a la historia de los intereses, los ingleses crearon el primer Banco Central de la historia moderna, modelo que fue calcado por sus vecinos de Europa y después por el resto de países que se precien de tener una política monetaria sana y coherente.

A estas tierras llegó tardíamente, recién en el presente siglo y por causa de la gran depresión del año 1929, cuya sombra se expandió más allá de los países industrializados.

Antes de avanzar en el tiempo, hagamos un pequeño retroceso de siete años y detengámonos en 1922. El 9 de Marzo de ese año, por Ley 4500, se crea el Banco de Reserva del Perú, vinculado en sus inicios estrechamente a la banca privada.<sup>136</sup>

El Banco de Reserva del Perú tiene una gran similitud con el Banco de Inglaterra en sus comienzos, en cuanto representaba los intereses de los banqueros antes que los de la Nación; pero vendría el crack del 29 y con él la Misión Kemmerer, que en 1931 recomienda la creación de un Banco Central que tenga las características de un auténtico Banco que centralice las actividades financieras del país.

Así, por Ley 7159 del 23 de Mayo de 1931 y con las modificatorias de la Ley 10533 de 1946, se crea propiamente lo que conocemos como el Banco Central de Reserva del Perú, con un capital de

---

<sup>135</sup> LA SIGUIENTE SECCIÓN ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/), [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com) Y [WWW.MONOGRAFIAS.COM](http://www.monografias.com)

<sup>136</sup> Castillo Dávila, Melquiades: *Derecho Monetario y Bancario*, p. 96.

diez millones de soles en acciones de cien soles cada una.<sup>137</sup>

La intención de crear un Banco Central moderno se quedó en eso, intención; y, es que el Banco siguió siendo administrado por las denominadas “fuerzas vivas” del país, no sólo los banqueros, sino también los sectores agrario, minero, industrial y comercial. Y, si bien por ley contaba con representantes del Estado en su directorio, estos eran muy susceptibles de escuchar los requerimientos de los sectores económicos que dominaban el país. Tengamos presente que por aquellos años la Oligarquía todavía tenía presencia (especialmente en los sectores agrario y minero), a pesar que se había iniciado un proceso de decadencia que el sociólogo Henry Pease denominó “*El ocaso del poder oligárquico*”.<sup>138</sup> El Estado estaba hecho a imagen y semejanza de la Oligarquía Criolla a fin de representar sus intereses y, un Estado patrimonialista y oligárquico, difícilmente puede aceptar un Banco Central moderno.

Habría que esperar a que la crisis del Estado Oligárquico se agudizara y la descomposición se tornara más evidente para que por Ley 13958 de Febrero de 1968 se renovara la estructura orgánica del Banco Central. Entre sus funciones estará el privilegio de emitir moneda, fijar tasas máximas de interés dentro del sistema de intermediación financiera y de mantener un encaje legal bancario<sup>139</sup> (dinero mantenido en caja, del cual no se puede disponer inmediatamente, se trata de una “forzada” reserva de liquidez para efectos de expandir o contraer el flujo monetario dentro del sistema).

Con esta modificación en su estructura, ya adquiere las características de un moderno Banco Central. En cuanto a la Ley de Agio y Usura, esta se aplicará para las operaciones fuera del sistema financiero (si bien, como hemos visto, en la práctica fue letra muerta), el interés legal del

---

<sup>137</sup> Ib., pp. 96-97.

<sup>138</sup> Véase al respecto el sugestivo libro de Henry Pease denominado precisamente *El ocaso del poder oligárquico*.

<sup>139</sup> Castillo, op. cit., p. 98.

5% establecido por el Código Civil del 36 poco a poco se tornaría anacrónico, hasta desaparecer.

En 1968, por DS 295-68-HC y en atribución a las facultades comprendidas en la Ley 13958, según rezan sus considerandos, se dicta una nueva Ley Orgánica del BCR. Todavía no se le califica como organismo autónomo, pero ya contiene los títulos correspondientes a la regulación monetaria y crediticia, como la regulación de las tasas de interés para las operaciones bancarias, orientación del crédito y emisión de obligaciones cuando lo crea conveniente. Por DL 17501 y 17764 de 1969, los representantes del directorio serán en número de ocho, designados por Resolución Suprema, con lo que el Estado ejerce el control absoluto del Banco.<sup>140</sup>

Con la Constitución Política de 1979, se considera un capítulo especial dedicado a la Moneda y Banca,<sup>141</sup> elevando a precepto constitucional la facultad exclusiva del Estado de emitir moneda (art. 148); asimismo eleva a igual jerarquía la tipificación del BCRP como persona jurídica de derecho público con autonomía dentro de la ley (art. 149), con lo que acoge la doctrina de la autonomía del Banco Central frente al gobierno central, que es la más extendida en el mundo. En cuanto al directorio, es ahora de siete miembros, designados por el Poder Ejecutivo y el Senado, debiendo tener como requisito indispensable no representar a entidad ni interés particular alguno, debiendo ser sólo funcionarios públicos únicamente removidos por el Senado en caso de falta grave (art. 151). Merece destacarse el art. 154, en cuanto está en directa relación con las tasas de interés, otorgando potestad al Estado de fomentador y garante del ahorro privado. La Constitución vigente de 1993 (arts. 83 a 87) ha mantenido la autonomía y demás preceptos constitucionales en forma similar a la Carta de 1979.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Ib., p. 99.

<sup>141</sup> Título III: Sobre el régimen económico, Cap. VI: De la Moneda y la Banca.

<sup>142</sup> La autonomía del BCR no debe entenderse en términos absolutos, sino en correspondencia con las políticas nacionales, especialmente con la política fiscal, con la que debe tener una estrecha relación. Al respecto es muy

## SECCIÓN TERCERA: LOS TIPOS DE INTERÉS EN EL CÓDIGO CIVIL<sup>143</sup>

De acuerdo al Capítulo dedicado al Pago de Intereses en nuestro vigente Código Civil, tenemos tres tipos de intereses: el interés compensatorio, el moratorio y el legal.

### 1. EL INTERÉS COMPENSATORIO:

Figura que se encontraba dispersa en forma inorgánica en el Código del 36, en el Código vigente se encuentra debidamente sistematizada, al igual que los otros dos tipos de interés (Libro VI: Las Obligaciones; Sección Segunda: Efectos de las obligaciones; Título II: Pago; Capítulo II: Pago de intereses). Se lo define como “la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien” (art. 1242º del CC, primer párrafo).

En otras palabras, es el precio del dinero (o de un bien) por su uso (así lo entendía el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981), debiendo ser devuelto en un tiempo determinado y a una tasa determinada. Denominado también interés convencional, porque surge del convenio entre las partes, con una tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva (art. 1243º). En consecuencia, el interés compensatorio no sería válido si sobrepasa la tasa máxima permitida (prohibición legal),<sup>144</sup> o si es excluida la

---

interesante lo que dijo en su debido momento el desaparecido Fernando Schawalb López-Aldana:

*“Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el Banco Central es una entidad que pertenece al sector público nacional y en consecuencia hay que entender en términos relativos la autonomía que la ley le acuerda. Ello significa que las medidas que adopta en el dominio de sus atribuciones no deben ser impuestas – ni podría serlo en sentido estricto– sino coordinadas con el gobierno, especialmente cuando están destinadas a producir impacto económico en vastos sectores de la colectividad”*. Entrevista aparecida en *El Comercio*, 10.7.88.

<sup>143</sup> LA PRESENTE SECCIÓN ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/) Y [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com)

<sup>144</sup> Las tasas máximas no se aplican a las instituciones financieras, las cuales, por ley, tienen libertad de fijar sus tasas de interés tanto para las operaciones

voluntad de las partes, produciendo la nulidad del acto jurídico.

Históricamente -como vimos al inicio del Capítulo III- tendríamos que remontarnos al Código de 1836 para buscar la figura de los intereses convencionales, con una tasa máxima fijada por ley (art. 1265º); posteriormente, en el Código de 1852 (art. 1819º) se declaró sin limitación el pacto de intereses.

Volviendo al concepto de interés compensatorio, diremos que *“tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien ajeno una retribución adecuada por su uso”*.<sup>145</sup> Como su propio nombre lo indica, es la compensación por el uso del dinero, producto de la convención entre las partes, a fin que el capital prestado sea restituido en su integridad en términos reales y no se vea mermado por la inflación y la devaluación monetaria. Como expresa el profesor Cabanellas, el interés compensatorio es producto de *“la indemnización del daño emergente y del lucro cesante por una cantidad o cosa prestada; esto es, tanto por razón de las pérdidas que el acreedor sufre en sus bienes como por las ganancias de que ha de verse privado al carecer de su dinero o de otros bienes”*.<sup>146</sup>

Es necesario puntualizar que una cosa son los intereses compensatorios, con los que, precisamente, se compensa el dinero dado en mutuo, y otra muy diferente, los intereses usureros, que buscan lucrar a expensas de la necesidad del deudor. Como expresaba Adam Smith en su libro *“La riqueza de las naciones”*, el interés compensatorio (o mercantil, como así lo llamaba en su tratado) es *aquella cuota que pagan comúnmente*

---

activas como pasivas.

<sup>145</sup> Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, T.V, p.392 (en adelante Exp.Mot.).

<sup>146</sup> Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, p. 165 (en adelante DJE).

*los comerciantes de crédito por las cantidades prestadas e impuestas*".<sup>147</sup> Cosa distinta es la usura "*prohibida como ilícita por todos los derechos, que es dar algo más de la suerte principal por razón del simple mutuo*".<sup>148</sup>

El art. 1242º no define propiamente lo que es interés compensatorio, sino que indica cuál es su función o finalidad (*El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien*).

Algunos autores sostienen que este tipo de interés debería denominarse "interés retributivo" o "lucrativo", dado que la finalidad perseguida por el acreedor es obtener un rédito o beneficio por la privación de un bien determinado.<sup>149</sup> Otra polémica fue por el asunto semántico del concepto "dinero" en vez de capital. Creo que el Codificador estuvo en lo correcto al aplicar el término "dinero", debido a que es la forma más adecuada para cuantificar los intereses; aunque dejó abierta la posibilidad al incluir la expresión "cualquier otro bien"

### **1.1. Requisitos para el devengamiento de intereses:**<sup>150</sup>

Podemos enumerar los siguientes:

- a) Existencia de una obligación dineraria o por lo menos cuantificable en dinero. Tengamos presente que los intereses son una obligación accesoria.
- b) Tipo de moneda en que se pacta la obligación, sea nacional o extranjera.
- c) Pacto de intereses, es necesaria la existencia de una convención entre acreedor y deudor, fijando la tasa de los intereses compensatorios. Por lo tanto, de no existir pacto, no cabría cobrar intereses compensatorios.
- d) Periodicidad en el pago. Como señala Nussbaum "*el interés es un pago periódico hecho por el deudor al acreedor como compensación por el uso de*

---

<sup>147</sup> Smith, Adam: La riqueza de las naciones, Vol. I, p. 138. Caso similar sucede con el interés moratorio, definido por A. Smith como *usura punitiva*, permitido en caso de demora o atraso del deudor, entendido desde la interpelación judicial, p. 139. Estas reminiscencias de la doctrina liberal llegaron a nuestro país y tocaron a nuestros primeros códigos.

<sup>148</sup> Op. cit.

<sup>149</sup> Villegas-Schujman, op. cit., pp. 109-110

<sup>150</sup> Villegas-Schujman, op. cit., pp. 115-121

*la suma recibida en préstamo*".<sup>151</sup> La periodicidad puede pactarse en forma diaria, semanal, quincenal, mensual, semestral, anual, etc.

En caso de demandar intereses, la carga de la prueba del convenio de intereses corresponderá a quien afirme los hechos (art. 196º CPC), valiéndose de cualquier medio probatorio contenido en nuestro ordenamiento civil.

## **1.2. Jurisprudencia:**

a) No se puede cobrar intereses compensatorios o moratorios si no existe pacto expreso o una disposición legal, ya que sería vulnerar derechos del deudor, por lo que el tribunal ordena devolver los cobros en exceso (Expediente N° 3298-2004-AA/TC).

b) Que tanto los intereses compensatorios como moratorios es necesario que consten en pacto expreso sobre los mismos, determinando la tasa de interés acordada (CAS. N° 815-2001 LAMBAYEQUE).

c) A fin de aplicar intereses compensatorios o moratorios no solo es necesario que se haya pactado una tasa, sino que es necesario probar el adeudo, no bastando una liquidación unilateral del acreedor, sino otros medios probatorios que acrediten el incumplimiento de la obligación (CASACION N° 5388-2006).

## **2. EL INTERÉS MORATORIO:**

Según nuestro ordenamiento jurídico, el interés moratorio es aquel que *"tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago"* (segundo párrafo del art. 1242º del CC).

---

<sup>151</sup> Villegas-Schujman, op. cit., p 120.

Para buscar un antecedente, tendríamos que remontarnos de nuevo al Código de 1836, donde se encuentra la figura del pago de “costas y daños” (art. 1269º) en caso se hubiera pactado alguna pena convencional, aunque más cercano se encuentra de la indemnización por daños y perjuicios que del interés propiamente moratorio. Luego, en el Código de 1852, el deudor moroso sólo estaba obligado por dicho concepto al pago del interés legal en caso de no haberse pactado intereses convencionales, que comenzaban a correr desde que era demandado hasta que se verifique el pago (art. 1820º). En el Código Civil de 1936, en caso de una demora en el pago, se reparaba aplicando los intereses estipulados o en su defecto el interés legal, a no ser que existiese pacto en contrario sobre daños y perjuicios (art. 1324º).

Es con el Código de 1984 que la figura de los intereses moratorios es aclarada, en vista que las confusiones en la aplicación de la mora llevaba a malos entendidos; por tanto, los intereses moratorios funcionan en aplicación del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto deudor.<sup>152</sup>

Esta especie de indemnización se debe a que el retraso en el pago origina un daño al acreedor, al no recibir en devolución el mutuo prestado de acuerdo a la forma y plazo convenido, por lo que es equitativo que se le indemnice, o como diría el maestro Guillermo Cabanellas, el interés moratorio es *“el exigido o impuesto como pena de la morosidad o tardanza del deudor en la satisfacción de la deuda”*.<sup>153</sup>

Para evitar cualquier exceso, el BCRP fija una tasa máxima para el interés moratorio (art. 1243 CC), a efectos de que la pena por la morosidad o tardanza en satisfacer la obligación exigida no se convierta en un abuso por parte del acreedor.

---

<sup>152</sup> Exp. Mot., T V, p. 392

<sup>153</sup> Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, p. 165



Al analizar el segundo párrafo del artículo 1242<sup>o</sup>, encontramos que, al igual que sucede con los intereses compensatorios, la definición es atendiendo a su función o finalidad, reservando a la doctrina la definición del concepto en si, técnica legislativa que es apropiada.

Se les suele denominar indistintamente como “intereses moratorios” o “intereses punitivos”.<sup>154</sup> Su naturaleza sería la siguiente:<sup>155</sup>

a) Carácter indemnizatorio: Tienden a “indemnizar” el retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación, cuyas características son:

- a.1. Se fijan con independencia del daño realmente sufrido por el acreedor.
- a.2. Proceden aún cuando el acreedor no haya sufrido ningún perjuicio.

b) Se contemplan ciertas situaciones especiales:

- b.1. Es admisible un pacto entre las partes estipulando una indemnización mayor.
- b.2. El dolo o mala fe del deudor pueden agravar su responsabilidad.
- b.3. Procedería una indemnización mayor en caso de incumplimiento y perjuicio al acreedor.

En el supuesto b.1, sería por medio de una cláusula penal que acuerde una indemnización mayor. En cuanto a los supuestos b.2 y b.3, el acreedor debería probar la mala fe del deudor y acreditar el perjuicio o daño ocasionado por el incumplimiento del deudor.

Otro punto a dilucidar es desde qué momento se pueden exigir los intereses moratorios. El art. 1242<sup>o</sup> solo señala que indemniza la mora en el pago, por lo que tenemos que efectuar una concordancia con el art. 1333<sup>o</sup> que establece los supuestos y requisitos de constitución en mora:

a) Intimación judicial o extrajudicial por parte del acreedor, a fin de compeler al cumplimiento de la obligación del deudor.

b) Exoneración de la intimación cuando:

---

<sup>154</sup> Villegas-Schujman, op. cit., p. 135

<sup>155</sup> Villegas-Schujman, op. cit., pp. 136-138

- b.1. La ley o el pacto lo declaren expresamente.
- b.2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, resulte que la designación del tiempo en la entrega del bien o en la prestación del servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- b.3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- b.4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

### **3. LAS TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS**

Siempre fue una preocupación del legislador establecer tasas máximas para los intereses convencionales. Osterling y Castillo lo han rastreado desde por lo menos la antigua Babilonia.<sup>156</sup> Luego, como vimos en la historia de los intereses, los padres de la Iglesia proscribieron todo tipo de cobro de intereses, al relacionarlo con la usura. Lo cierto es que las tasas máximas o “topes” o “techos” (como se les acostumbra decir en la jerga económica) han sufrido vaivenes. En la actualidad todavía existen en distintos países. Existe una consideración religiosa o moral subyacente de que el estado ponga límites en el cobro de intereses. Frente a estas consideraciones, se encuentran las posiciones que plantean la libertad absoluta de las partes en el acuerdo de los intereses convencionales. Pero, lo cierto es que el estado moderno siempre ha tratado de regular el tema del cobro de intereses. La pregunta es cómo regularlos.

Existen estudios económicos que revelan que la aplicación de las tasas máximas es bastante perjudicial para quien solicita un crédito, sobretodo si proviene del sector informal, dado que al estar reguladas las tasas, estas comienzan a encarecer el crédito.<sup>157</sup>

Las tasas máximas fueron bastante útiles cuando la economía no era tan compleja, ni existían una cantidad impresionante de variadas entidades

---

<sup>156</sup> Osterling y Castillo: Los intereses compensatorios y moratorios. En: <http://www.castillofreyre.com/>

<sup>157</sup> ASBANC: Estudio de los topes a las tasas de interés. En: <http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/>

dentro del sistema financiero.<sup>158</sup> Una época bastante paternalista y con la presencia del estado en distintos niveles que obligaba a poner límites a los precios (entre ellos el precio del dinero). Pero, cómo hacemos ahora, con economías globales, accesos a créditos en otros países, entidades formales e informales que ofrecen créditos, variedad de demandantes de servicios financieros, movilidad de estos mucho mayor que antaño, cambios externos que afectan la economía nacional.

Todo ello nos hace pensar que mejor que seguir aplicando tasas máximas, es dejar que una entidad técnica especializada del propio estado se encargue de regular las tasas de interés. Esa entidad es el Banco Central de Reserva. Tiene personal técnico calificado, estudios permanentes del entorno económico-financiero nacional y global. Y está dentro de sus competencias la regulación de las tasas de interés. Como lo desarrollo en el acápite sobre el interés legal, el legislador gradualmente ha ido delegando funciones en el BCR para la regulación de las tasas. Dejemos que sea ese organismo quien se encargue de tan delicado asunto.

#### **4. EL INTERÉS LEGAL:**

Como hemos visto, en la historia de las tasas de interés el Estado siempre ha intervenido tratando que no exista ningún exceso en el precio del dinero y se respete el principio de equidad entre las partes. Nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, no ha sido ajeno a esta tendencia<sup>159</sup>, tanto el fugaz Código de 1836, como los Códigos de 1852 y

---

<sup>158</sup> Tenemos no solamente bancos, también financieras, cooperativas de ahorro y crédito, cajas rurales, banca de segundo piso, etc.

<sup>159</sup> Una explicación parcial al respecto la podemos encontrar en nuestra tradición católica, que prohíbe todo lo que le parece, a su opinión, escape a los cánones normales, a semejanza de toda prohibición a lo que parezca “pecado”, lo que ha dado lugar en nuestro sistema jurídico a que tengamos cientos de leyes que tratan de controlar las actividades que el hombre desarrolla libremente, sin tener en cuenta márgenes de flexibilidad. Lo paradójico del caso es que mientras más rígida es una norma jurídica, más fácilmente se trasgrede, como si se encontrase placer en ello, a modo del placer que tiene el pecar para un católico que sabe que al final de cuentas será absuelto por Dios y por la Iglesia. La normativización de las tasas de interés (incluyendo las leyes sobre Agio y Usura) no ha escapado a esa manifestación social

1936 han contenido siempre un dispositivo que norme el interés legal. El Código de 1984 ya no define qué es interés legal (sería una redundancia), se limita en el art. 1244<sup>9</sup> a señalar que la tasa máxima del interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.<sup>160</sup>

Por otra parte, fue prudente la flexibilidad que el Codificador del 84 dejó para fijar la tasa máxima, labor encargada al instituto emisor, lo que no sucedía con el Código de 1936, que originalmente fijaba un rígido 5% (art. 1325<sup>9</sup>), valedero en épocas de estabilidad económica, pero no en épocas de alta inflación, razón por la cual, como vimos anteriormente, fue modificado en 1982, cuando era ya francamente insostenible, luego del serio deterioro económico de nuestro país y la alta tasa de inflación desde mediados de la década de los años 70.

Sobre los topes máximos de intereses compensatorios y moratorios establecidos por el Código Civil de 1984 y que tanta polémica causó en su momento entre neoliberales (a favor de derogar cualquier tope) y los controlistas (siempre dispuestos a reglamentar todo), el Codificador creyó conveniente delegar la tarea de los topes en el BCRP y que cualquier exceso en la tasa máxima sea devuelto o imputado al capital (art. 1243<sup>9</sup>), dispositivo desconocido en el Código de 1936; todo ello como una medida para proteger al sujeto deudor, supuestamente la parte más débil en la celebración de un mutuo en dinero, donde sus posibilidades de negociación son escasas, por necesitar del dinero solicitado, frente a un sujeto acreedor que supuestamente está en mejores condiciones de imponer condiciones al deudor, permitiendo prever los casos que puedan presentarse sobre Agio y Usura. Los orígenes de éste dispositivo los podemos encontrar en el Código Ecuatoriano (arts. 2136<sup>9</sup> y 2138<sup>9</sup>), como en la Ley Francesa de 1807<sup>161</sup>, que

---

puritana. Nota del tesista.

<sup>160</sup> Aunque el concepto no está exento de otras interpretaciones, como la que establecen Villegas y Schujman, cuando señalan que intereses legales son los establecidos por ley, comprendiendo dentro de estos a los intereses compensatorios y moratorios. Nota del tesista.

<sup>161</sup> Exp. Mot., T V, p. 393

modificaba el Código Napoleón en cuanto a la liberalidad de las partes para pactar los intereses. El problema va a radicar -como siempre- en encontrar ese delicado punto intermedio para que ni acreedor ni deudor saquen ventaja del otro.

---

## SECCIÓN CUARTA: INSTITUCIONES RELACIONADAS CON LOS INTERESES.-

### 1. MUTUO Y DINERO:

Al ser el interés producto de un bien -en éste caso el dinero-, jurídicamente la formalización de toda relación económica se hace por medio de un Contrato llamado precisamente Mutuo, cuyas reglas generales se encuentran en los dispositivos del Título V (Libro VII: Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda: Contratos Innominados, Título V: Mutuo, arts. 1648º y ss.).

Como su nombre lo indica, Mutuo significa *“Recíproco; con correspondencia e igualdad entre las partes”*<sup>162</sup>; por tanto, tal como prescribe el art. 1648º del CC *“el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad”*. De donde se desprende que existe un mutuo a título gratuito y otro a título oneroso. Conviene precisar que éste último (el mutuo a título oneroso) se encontraba regulado por el Código de Comercio de 1902 (art. 2112º, llamado Mutuo Mercantil), pero el Codificador del 84, en su afán sistematizador, ha visto por conveniente agruparlo en el nuevo Código, así como ha hecho con otros contratos de la esfera del Derecho Mercantil.

En los contratos sobre Mutuo en Dinero, el pago de los intereses ocupa un lugar preferencial<sup>163</sup>, estando obligado el mutuuario (quien recibe el dinero) a abonar los intereses al mutuante, salvo pacto distinto (art. 1663º), o estando sujeto a las tasas máximas permitidas dentro del sistema financiero.

---

<sup>162</sup> Cabanellas, Guillermo, op. cit., p.208

<sup>163</sup> De allí que en las anteriores codificaciones, lo relacionado con los intereses se encontraba dentro del contrato de mutuo. Nota del tesista.

También figuran las especificaciones del bien dado en mutuo, debiéndose entender que éste se trata de dinero en caso de ser un mutuo oneroso (*“Préstamo de dinero u otra cosa fungible por el cual se perciben intereses”*<sup>164</sup>); por lo que el incumplimiento de esta obligación va a generar la resolución del contrato (establecida en una cláusula llamada precisamente cláusula rescisoria) y el inicio de la acción judicial correspondiente. Entrando en el terreno procesal, la acción correspondiente se canalizaría mediante un proceso contencioso cuya materia es la Obligación de Dar Suma de Dinero, es decir que el acreedor exige por medio de esta acción la devolución del mutuo prestado, más los intereses pactados (tanto compensatorios como moratorios) y los gastos del proceso, aparejando los instrumentos que acrediten el incumplimiento de la obligación.

Para terminar, este Contrato que data de la época del Derecho Romano, ha sido motivo de más de un abuso por parte del acreedor, al pactar intereses leoninos que el deudor estaba obligado a aceptar por necesitar del capital prestado. Previendo esta situación, el Legislador establece dos caminos: el legal y el judicial. El primero, de carácter preventivo, el Estado fija las tasas de interés máximas permitidas<sup>165</sup>; el segundo, de carácter resolutivo, el Juez será el encargado de reducir la tasa pactada a un nivel razonable.

## **2. PAGO, MORA Y CLÁUSULA PENAL:**

El pago es casi siempre definido como una forma normal de extinguir una obligación y al mismo tiempo una forma de ejecución de las mismas.<sup>166</sup>

La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuentes) y termina con el cumplimiento, que es el efecto principal y final de la obligación (LETE DEL Río, p. 101). El pago o cumplimiento tiene

---

<sup>164</sup> Cabanellas, p. 208

<sup>165</sup> Con la excepción de las establecidas en el sistema financiero. NA

<sup>166</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba (EJO en adelante).

como fin satisfacer el interés del acreedor, lo que se conseguirá mediante la realización de la conducta debida (ejecución de la prestación). Pero como ya se dijo, tal conducta deberá satisfacer determinados requisitos objetivos que le dan idoneidad al pago. Por lo tanto, el pago no es la realización de un simple comportamiento, sino una conducta alineada con los términos que se pactaron: lo que se convino (objeto), la totalidad de lo que se convino (integridad) y el tiempo en el que deberá ejecutarse lo que se convino (oportunidad).

Entre otras reglas sobre el pago establecidas en nuestro CC, se presume que el recibo de pago de la última cuota hace presumir el pago de la anterior (art. 1231º); asimismo, el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de estos, salvo prueba en contrario (art. 1232º). Por tal motivo, el recibo de pago en cuotas o fracciones periódicas debe indicar claramente cuánto comprende el capital, cuánto los intereses compensatorios y cuánto a gastos (art. 1241º), considerados estos últimos, casi siempre, como gastos administrativos. Igualmente, todo pago se efectúa en moneda nacional, aunque puede concertarse también obligaciones en moneda extranjera (arts. 1234º, 1235º y 1237º).

Al pactarse una obligación, la ejecución de la misma se establece de acuerdo al plazo convenido, siendo potestativo del acreedor fijar previamente en el Contrato una cláusula que permita un período de gracia para el pago sin incurrir en mora el deudor, pasado dicho período, el retraso en el cumplimiento originaría la mora,<sup>167</sup> por el retraso en el pago oportuno de la obligación vencida.<sup>168</sup>

El art. 1333º del CC señala que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, no es necesaria la intimación para que la

---

<sup>167</sup> Cabanellas, p. 206

<sup>168</sup> Flores Polo, Pedro: *Diccionario de Términos Jurídicos*, Vol. 3, p. 205 (en adelante DTJ).



mora exista cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. Amparándose en esta norma es que los contratos de mutuo contienen una cláusula sobre la penalidad moratoria.

En los contratos de mutuo se establece también una cláusula denominada precisamente cláusula penal<sup>169</sup>, siendo una especie de indemnización previamente pactada<sup>170</sup> en caso de incumplimiento de la obligación, en cuyo supuesto el acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento de la penalidad, sin perjuicio de los intereses moratorios que se encuentren pactados, los que no son excluyentes, conforme se establece de una interpretación literal de los artículos 1341º y 1342º del CC. Puede pactarse como una suma fija o en relación a una tasa o a un porcentaje, pudiendo ser cualquier exceso disminuido a criterio del Juez en caso de litis (art. 1346º).

### **3. LUCRO CESANTE, DAÑO EMERGENTE Y RIESGO:**

El interés compensatorio tiene tres elementos que deben tenerse en cuenta cuando se aplica a una tasa: el lucro cesante, el daño emergente y el riesgo.

Ya Adam Smith establecía estos tres elementos en su tratado sobre *La riqueza de las naciones* al referirse al interés mercantil o “usura lícita” y que a la postre se denominó interés compensatorio.<sup>171</sup>

Generalmente al lucro cesante se le asocia con el daño emergente, de suerte que ambos están considerados al momento de efectuar el cálculo compensatorio por los posibles daños y perjuicios en el

---

<sup>169</sup> La doctrina le confiere también los nombres de pena convencional, mpenalidad, multa convencional, pena obligacional, etc. Ref.: Código Civil comentado de Gaceta Jurídica, T. VI, p. 819

<sup>170</sup> Actualmente la función indemnizatoria de la cláusula penal es la predominante. Ref.: Código Civil comentado, pp. 820-821

<sup>171</sup> Smith, Adam, op.cit., Vol. II, p.86

incumplimiento de una obligación.<sup>172</sup>

Vamos a tomar la definición del profesor Cabanellas sobre el interés compensatorio entendido como *la indemnización del daño emergente y del lucro cesante por una cantidad o cosa prestada*,<sup>173</sup> entendido el lucro cesante como la *Utilidad que se calcula por lo que podría haberse obtenido con el dinero dado en mutuo o empréstito. El rendimiento del dinero durante el tiempo que lo ha tenido el deudor, mutuario o prestatario se entiende que pertenece justamente al acreedor, mutuante o prestamista*,<sup>174</sup> privándolo del aumento patrimonial;<sup>175</sup> mientras el daño emergente es el *Detrimento o menoscabo de los bienes*,<sup>176</sup> o lo que viene a ser lo mismo, la disminución patrimonial.<sup>177</sup>

Al momento que el acreedor entrega en calidad de mutuo un bien (dinero) a un sujeto deudor, dejará de percibir utilidad por ese dinero (lucro cesante), y, a la vez sufrirá menoscabo su patrimonio (daño emergente), por lo que es justo que reciba una ganancia por el capital mutuado que lo resarcirá de la merma sufrida, esa ganancia se expresará en la tasa de interés correspondiente a los intereses compensatorios.

La situación es más crítica cuando el lucro cesante y el daño emergente obedecen a que el sujeto deudor ha incumplido la obligación contraída (art. 1985º CC). ¿Cómo establecer la indemnización por daños y perjuicios sin que sufra menoscabo el principio de equidad para las partes? Es un punto bastante difícil de resolver, pero se deberán tomar en cuenta factores como el daño ocasionado y debidamente probado, el monto adeudado y el tiempo transcurrido, a fin de determinar la cuantía del resarcimiento del daño.

---

<sup>172</sup> DTJ, Vol. II, p. 20

<sup>173</sup> DJE, p. 165

<sup>174</sup> DJE, p. 192

<sup>175</sup> DTJ, Vol. II, p. 20

<sup>176</sup> DJE, p. 85

<sup>177</sup> DTJ, Vol. II, p. 20

#### 4. AGIO Y USURA:

Aunque ambos términos son tomados en forma indisoluble, el agio se refiere más bien a la especulación sobre un bien, aumentando su precio a niveles más allá de los permitidos o establecidos en el mercado. En el caso del dinero opera por medio de la tasa de interés, especulando con ella y elevándola más allá de lo permitido por la ley o por la oferta y demanda. Usura, en cambio, se refiere -hablando del dinero- al interés mismo que se cobrará sobre un capital dado en préstamo. La usura vendría a ser una consecuencia del agio o especulación.

Adam Smith la denominó *usura lucrativa* y que es *conocida generalmente por el término genérico de usura, prohibida como ilícita por todos los derechos, que es dar algo más de la suerte principal por razón del simple mutuo*.<sup>178</sup> El gran problema siempre será establecer cuál es el punto que, de acuerdo al principio de equidad, por una parte no exceda a la suerte principal y por otra, no sea menor a ésta.

Nuestra legislación no lo resolvió adecuadamente, sólo se limitó a establecer topes y penar cualquier exceso. Tanto la Ley 2760, como los DL 11078 y 21504 no resolvieron el problema y, más bien, fueron declaraciones líricas que sólo quedaron en el papel. La historia demuestra que la realidad superó largamente al ordenamiento jurídico.

---

<sup>178</sup> Smith, Adam: op.cit., Vol. I, p. 138

## **SECCIÓN QUINTA: LOS INTERESES EN EL SISTEMA FINANCIERO.- UNA APRECIACIÓN PERSONAL<sup>179</sup>**

Hasta la promulgación de la ley 26702, los intereses tanto para operaciones activas (créditos) como pasivas (depósitos) estaban regulados por el Código Civil y las disposiciones del Banco Central de Reserva que imponía “topes” (tasa máxima permitida) a las tasas que podían cobrar dichas instituciones.

Como explicamos en la historia de las tasas de interés, el estado siempre trató de fijar límites a las tasas de interés. El método más usado desde tiempos inmemoriales fue las tasas máximas a través de las entidades reguladoras del propio estado, lo que en jerga económica se conoce como “poner techo” a un precio. El codificador del 84 no fue ajeno a este criterio al señalar las tasas máximas dentro y fuera del sistema financiero.

### **El contexto de la ley 26702:**

Toda ley tiene un contexto social, económico y político en que se promulga. Y la 26702 no fue la excepción. Se dio en el contexto de la desregulación de los mercados, incluyendo el financiero, iniciado en nuestro país desde el año 1990. Recordemos que muchas de las medidas económicas de aquel entonces obedecieron a una casi no intervención del estado que permitiese supuestamente la autorregulación de la oferta y la demanda en los mercados. Un retorno al *laissez faire* clásico.

En ese contexto, el artículo 9 permitió la libertad para fijar los intereses, comisiones y tarifas.<sup>180</sup> Tengamos presente que los intereses se

---

<sup>179</sup> Como se indica, lo que sigue a continuación es una apreciación personal del tesista sobre el contexto en que se dio la ley 26702

<sup>180</sup> Artículo 9.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS.

Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación

refieren a los convencionales (compensatorios y moratorios) y para las operaciones activas (créditos) como pasivas (ahorros).<sup>181</sup>

Explícitamente no se aplicaba el primer párrafo del artículo 1243<sup>o</sup> del CC que precisamente establecía las tasas máximas o “topes” fijados por el Banco Central, lo cual implicaba una libertad absoluta para fijar la tasa de interés en el sistema financiero.

Hasta donde tengo entendido la ideología que animó la dación de la norma, muy en el espíritu de la época, fue que el mercado iba a regular las tasas de interés, haciendo competir a los intermediarios financieros. Ideología que predominó también en otros países de la región.<sup>182</sup>

Lo cierto es que no sucedió lo esperado y las tasas de interés en los intermediarios financieros comenzaron a subir muy por encima del nivel de precios o de la inflación, que son los indicadores más usados para medir las tasas de interés y determinar si son altas o no.<sup>183</sup>

Al no tener límites, las tasas del sistema no se condecían con el nivel de precios de la economía nacional (tendente a la baja luego del *shock* de 1990).

Al parecer “el espíritu de la norma” (libre competición) no se dio por dos motivos: La oferta de instituciones financieras era pequeña, constituyéndose casi un oligopolio (pocas entidades que ofrecen el servicio)

de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera.

<sup>181</sup> Las tasas de interés en el sistema financiero se desagregan en tipos de créditos (de consumo, hipotecarios, de estudios, etc.) o en el tiempo (mayor o menor a 360 días, etc.), así como el riesgo del prestatario (un prestatario con riesgo en el pago sufrirá una recarga en los intereses).

<sup>182</sup> Dentro del llamado *consenso de Washington* que planteaba una serie de liberalizaciones de distintos mercados, incluyendo el financiero, dentro de la región.

<sup>183</sup> Las tasas de interés expresan magnitudes. Para medir si una magnitud es alta o baja, se hace en relación a otra que, para los intereses, usualmente se toma el nivel de precios al consumidor o la inflación promedio.

que podía “fijar sus precios”, es decir los intereses, comisiones y tarifas.<sup>184</sup> Por el lado de la demanda, esta se centró en las personas naturales y jurídicas formales, que son una minoría en nuestro país.<sup>185</sup>

Frente a estos problemas, incluso el Tribunal Constitucional a través de una sentencia en una acción de amparo (Exp. N° 1238-2004-AA/TC) dio una serie de recomendaciones sobre los elevados intereses en el sistema financiero:

- a) Prohibición de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión;
- b) Reducción de las relaciones asimétricas entre banco y usuario;
- c) Tasas de interés acordes con el servicio prestado y propender a la negociación de las tasas entre las partes;
- d) Limitación en la aplicación de tasas de interés y penalidades en el uso de tarjetas de crédito;
- e) Limitación de las tasas de interés de acuerdo a la situación económica estable del país;
- f) Eliminación de tasas leoninas.

(Fundamento 13 de la sentencia)<sup>186</sup>

Incluso finaliza con una exhortación a que el Estado tenga un papel más activo en la regulación del sistema financiero y se revise la normatividad vigente, por ser de extrema importancia para la actividad económica la entrega de créditos bajo un marco regulatorio que no permita asimetrías en la relación usuario-banco:

*“En suma considerando que la política crediticia es un importante instrumento de conducción económica, **el Estado debe ejercer su papel de regulación y vigilancia del sistema bancario, de modo que se torna imperativo que se revise la normatividad atinente a la creación y***

---

<sup>184</sup> Con el trascurso del tiempo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP comenzó a intervenir el mercado financiero en relación a ciertas comisiones y tarifas cobradas.

<sup>185</sup> Esta política de las entidades financieras fue cambiando con el tiempo y ahora se enfocan también en el sector informal.

<sup>186</sup> Ver al respecto el anexo 3 de nuestra tesis.

***constitución de los bancos y sus actividades, y se replanteen las funciones que le conciernen al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros***". (Fundamento 15).

\*\*\*\*\*

Si bien en la actualidad el número de instituciones financieras ha aumentado, pero son solo cuatro las que dominan el mercado<sup>187</sup> y si bien se ha penetrado el mercado informal con microcréditos, difícilmente abarca a todos los prestatarios.

Dado que bajo estas condiciones no se tiene una competencia que permita beneficiar al consumidor, la pregunta es si regresar o no al espíritu que animó al codificador del 84, es decir regresar a las tasas máximas de interés.

La primera iniciativa que tiene el legislador es regresar a los topes (tasas máximas) en las tasas de interés.<sup>188</sup> Ello implica en la práctica un control de precios, si tenemos en cuenta que los intereses son el "precio del dinero".

Si bien la idea parece atractiva y fácil de llevar a cabo, por experiencias de otros países así como del nuestro, usualmente el limitar las tasas de interés trae aparejada la limitación del crédito a los sectores menos favorecidos y caer en manos de los prestamistas informales con tasas bastante más elevadas que las del sistema financiero.

Al tomar en cuenta todos estos factores (mercado financiero pequeño, concentración de oferta en pocas instituciones, prestatarios que se encuentran mayormente en el sector informal o independiente) la idea de volver a los "topes" por si no creo vaya a solucionar el problema.

---

<sup>187</sup> Informe publicado en: [www.semanaeconomica.com](http://www.semanaeconomica.com)

<sup>188</sup> Informe publicado en [www.gestion.pe](http://www.gestion.pe)

Quizás debemos hacer un “abanico” de opciones, tanto legislativas como de administración.

En la parte legislativa sería modificar el artículo 1243<sup>o</sup> que todavía fija la tasa máxima del interés convencional y dejar en manos del Banco Central de Reserva la regulación de las tasas de interés

Ello permitiría una mayor flexibilidad en la regulación de las tasas de interés. Puede ser que en un momento crítico de nuestra economía el Banco Central decide poner topes a las tasas, mientras que en otro deje actuar libremente a los agentes económicos. Esta regulación del BCR abarcaría tanto a las operaciones dentro y fuera del sistema financiero. Ello obedece a que la regulación de las tasas de interés es una materia tan delicada que es mejor esté bajo el alcance de un organismo técnico como es el banco central.

Pero, son necesarios también otros mecanismos que permitan, indirectamente, regular las tasas de interés.

Uno de ellos es el ingreso de nuevas instituciones de intermediación financiera al mercado nacional. Labor que está a cargo de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Lo cual implica que el ingreso debe ser con todos los requisitos y seguridades que la ley establece. En ese sentido, por ejemplo, es positivo que la SBS pase a supervisar a las cooperativas de ahorro y crédito<sup>189</sup>, las que tienen un mercado ex profeso dirigido al microcrédito. Es una iniciativa saludable que puede permitir entren a competir cooperativas que ya existen como otras por crear, incluyendo cooperativas foráneas que podrían ingresar para competir en la colocación de microcréditos y depósitos en sus distintas modalidades. La competencia siempre es buena en cualquier mercado.

---

<sup>189</sup> Ley N° 30822



Otro mecanismo, aunque más heterodoxo, es que el estado entre a competir con una banca de fomento en sectores claves de la economía.

Implicará una reforma del capítulo económico de la constitución política, en lo concerniente al rol del estado empresario; pero que llevada técnicamente bien, con adecuado uso de los recursos públicos y una selección de los créditos a otorgar, podría mejorar la competencia. Por el manejo poco técnico del pasado quizás requiera que sea administrada por privados, con supervisión estricta de la SBS, cuadros técnicos calificados y sin intervención política, como sucede con bancos del estado en otros países.

Por ello, otra medida interesante es la banca de segundo piso. El estado solo financia a través de líneas de crédito que son administradas por la banca privada, calificando estas a los clientes que solicitan un crédito. Ha tenido cierto éxito con los préstamos de Mivivienda, bajando la tasa de interés en los créditos hipotecarios a largo plazo. Son créditos garantizados porque de no pagar el deudor se ejecuta la garantía que es la misma vivienda que el deudor quiere comprar.

Como vemos existe un abanico de opciones que van más allá de las tasas máximas y que permitirían tasas de interés más atractivas para el consumidor. Usualmente los extremos (tasas máximas permitidas o liberalización absoluta) nunca han dado resultados tan beneficiosos como los matices que ofrece el medio, una suerte de participación del sector privado bastante activa y una regulación flexible por parte del estado.

**CAPÍTULO VII**  
**EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES CIVILES**  
**(I PARTE)**

## SECCIÓN PRIMERA: ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE LA INSTITUCIÓN

### 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS:

La palabra *anatocismo* proviene del griego “aná” que significa reiteración, y “tokimós” que significa acción de dar a interés.

Jurídicamente esta voz refiere la idea de convenio mediante el cual se pacta pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos.

Josserand es quien mejor lo ha definido:

*“Se designa con el nombre de anatocismo la capitalización de intereses de una cantidad de dinero, los cuales toman a su vez la posición jurídica de capitales, se convierten en productores de intereses.”*<sup>190</sup>

El anatocismo se encontraba prohibido en el derecho romano. Justiniano señala la prohibición absoluta, incluso de los intereses devengados y no pagados.<sup>191</sup>

Esta posición fue acogida por el antiguo derecho francés, el italiano y el alemán.<sup>192</sup>

La prohibición continuó a lo largo de la Edad Media, reforzado por los padres de la iglesia, donde anatocismo era sinónimo de usura, institución condenada. Es más, los préstamos a interés eran prácticas mal vistas para los hombres gentiles, por lo que, como ya vimos en capítulos anteriores, se reservó su quehacer a una etnia marginada: los judíos.

Esta actitud se debió a que se consideraba el anatocismo lindante con

---

<sup>190</sup> Osterling y Castillo. Tratado de las obligaciones. Vol. XVI, T. VI, p. 248

<sup>191</sup> Op. cit., Vol. XVI, T. VI, p. 253

<sup>192</sup> Op. cit., p. 253

el agio y usura, por lo que la prohibición incluso se extendió a los intereses vencidos y no satisfechos.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y debido al intercambio comercial cada vez mayor que originaba el capitalismo, la legislación acerca del anatocismo se flexibilizó.

Como acota Roberto de Ruggiero, las restricciones impuestas al anatocismo fueron notables:

*“Se exige, en efecto, para que puedan ser capitalizados, que se trate de intereses debidos por un año completo; se prohíbe la capitalización de los intereses mensuales o semestrales; se pide, asimismo, que los intereses capitalizados hayan vencido en el momento en que judicialmente se demanden las **usurae usurarum** o en el momento en que estas se fijen mediante convención, en forma que resulta prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros, y cualquier convención por la que se pacte una anticipada capitalización de intereses futuros”.*<sup>193</sup>

Fue con la modificatoria del Código Francés de 1804 que la prohibición del anatocismo se flexibiliza y se acepta para los intereses vencidos.

Busso apunta que el derecho francés aceptó la validez del anatocismo bajo determinadas condiciones. Así el artículo 1154º del CC Francés señala:

*“Los intereses vencidos de capitales podrán producir intereses, mediante demanda judicial, o mediante un acuerdo especial, siempre que, bien en la demanda, o bien en el acuerdo, se trate de intereses debidos durante al menos un año entero”.*<sup>194</sup>

Las condiciones que señala el Código Napoleón son básicamente

---

<sup>193</sup> Op. cit., p. 256

<sup>194</sup> Código Civil Francés

dos:

- a) Debe existir una demanda judicial o un acuerdo de partes, y
- b) Los intereses vencidos deben tener por lo menos un año.

El Código Civil Italiano, artículo 1283<sup>95</sup>, planteó algo similar, aunque reduciendo el período de tiempo a seis meses:

*“In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”*.<sup>195</sup>

Que traducido indica:

*“A falta de usos contrarios, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la interposición de la demanda judicial o por efecto de convenio posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses”*.<sup>196</sup>

España también introduce el anatocismo en la vía judicial, en el primer párrafo del artículo 1109 de su Código Civil:

*“1.109. Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”*.<sup>197 198</sup>

En nuestra región el derogado Código Civil Argentino en el artículo 623<sup>9</sup> recogía la institución del anatocismo:

---

<sup>195</sup> Código Civil Italiano

<sup>196</sup> Traducción del tesista.

<sup>197</sup> Código Civil Español

<sup>198</sup> Otras legislaciones europeas contemplan también la posibilidad del anatocismo sea por pacto entre las partes o en sede judicial. En: Medina Alcoz, María: Anatocismo, derecho español...

*“No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”.<sup>199 200</sup>*

De este precepto se deducen dos hipótesis para la convención del anatocismo:

La primera, cuando las partes expresamente lo convengan como acumulación de los intereses al capital y en forma posterior a contraída la obligación. Entendiéndose asimismo que se aplican a los intereses vencidos y nunca sobre los futuros. Se dice que en este caso el deudor conoce el total del recargo y que, por lo tanto, es conveniente autorizarlo para evitar por otra parte fraudes a la ley prohibitiva, celebrando un nuevo contrato de mutuo.

La segunda hipótesis se produce en sede judicial y siempre y cuando el deudor se encuentre en mora, previo requerimiento para que pague la obligación.

En el derecho comercial es común la realización de este convenio. Por ejemplo, el derogado Código Comercial argentino autorizaba el anatocismo en diversas normas:

*“Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden por lo menos por un año. Producen igualmente intereses los saldos líquidos de las negociaciones concluidas al fin de cada año”.*

---

<sup>199</sup> Código Civil argentino

<sup>200</sup> Con ligeras variantes el vigente Código Civil y Comercial argentino lo recoge en el artículo 770

(Art. 569, Cod. Comercio.)

*“Intentada la demanda judicial por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando, para formar aumentos de capital que produzca réditos”.*

(Art. 570, Cod. Comercio.)

En nuestro ordenamiento jurídico privado, tenemos sólo el primer supuesto, es decir el anatocismo por convenio entre las partes, autorizado siempre que haya transcurrido por lo menos un año de atraso en el pago de los intereses y medie pacto posterior. Los requisitos están relacionados a la consensualidad entre las partes y a la demora en el pago.

En cambio, no tenemos el anatocismo relativo a las obligaciones civiles por sentencia judicial luego de liquidados los intereses y requerida la obligación. Lo cual constituye un vacío, dado que muchas veces el acreedor en sede judicial se ve sometido solo a la compensación bastante exigua de los intereses legales, de no mediar algún pacto previo de resarcimiento como intereses compensatorios, moratorios o cláusula penal.

## **2. NULIDAD POR CONTRAVENCIÓN DE NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

Llambías sostiene que el principio que veda el pacto de capitalización de intereses no vencidos es de orden público y no puede quedar sin efecto por acuerdo de las partes o por renuncia del deudor.<sup>201</sup>

Efectivamente, sería imposible que al ser norma de orden público de carácter imperativo, las partes puedan disponer algo en contra, o renunciar el deudor a esta obligatoriedad del vencimiento de los intereses, cláusula de

---

<sup>201</sup> Osterling y Castillo, op. cit., Vol. XVI, T. VI, p. 259

salvaguarda para evitar cualquier abuso contra el mismo, dado que podría estar sujeto a una serie de condiciones para acceder al crédito de la obligación primigenia.

El 1249º del CC lo debemos concordar con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que textualmente proscribe que *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”*.

Siguiendo a Llambías la nulidad contenida en un pacto prohibido sería la nulidad absoluta, por ser de grado riguroso la sanción que corresponde a la trasgresión de una norma de orden público.<sup>202</sup>

A su vez el artículo V del TP del CC lo debemos también concordar con el artículo 219º (Causales de nulidad).

Supongamos que en un contrato se establece una cláusula que contraviene el 1249º. En ese caso sería nula de plena nulidad solo la cláusula en mención, más no el resto del contrato. Como señala Llambías, la nulidad de la cláusula solo es una nulidad parcial del contrato, no invalidando las demás cláusulas o, como lo precisa, es una nulidad de obligación accesorio, dejando intacta la obligación principal.<sup>203</sup>

Busso adiciona asimismo que en caso el deudor hubiese pagado intereses de aquellos prohibidos por ley, tendrá derecho a una acción de reintegro por el importe de dichos intereses o compensarlos por los intereses debidamente liquidados o el capital.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Osterling y Castillo, op. cit., Vol. XVI, T. VI, p. 259

<sup>203</sup> Id., p. 259

<sup>204</sup> Id., p. 260



### 3. PACTOS DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR

Busso anota que existe *“anatocismo cuando una deuda accesorio de intereses, que ha nacido de la productividad asignada a una deuda principal de capital, se convierte en ella misma, y en las relaciones entre el acreedor y el deudor, en capital, para dar de sí nuevos intereses. Es en síntesis, la capitalización de los intereses hecha entre acreedor y deudor”*.<sup>205</sup>

Busso añade que para configurar el anatocismo es necesaria que la capitalización sea directamente entre acreedor y deudor. Esta situación sería la usual, donde el pacto de anatocismo se ha establecido entre el acreedor y deudor original.

Pero que pasaría cuándo un tercero reemplaza al deudor o un tercero subroga al acreedor.

### 4. DIFERENCIAS ENTRE ANATOCISMO Y ACUMULACIÓN DE INTERESES. ANATOCISMO Y NOVACIÓN.-

La acumulación de intereses es la suma o adición de estos al capital, sin convertirse en parte integrante del mismo. Es lo que sucede, por ejemplo, en las liquidaciones de intereses devengados y no pagados por un capital. Supongamos que tenemos un capital de mil soles y por intereses devengados setecientos soles. Ambos conceptos se encuentran separados. En cambio, en el anatocismo esos mismos intereses son parte integrante del capital, por lo que el capital ya no sería de mil sino de mil setecientos soles.

¿En propiedad es el anatocismo una novación?

Si entendemos que por la novación una obligación sustituye a la otra, nos parece que no.

---

<sup>205</sup> Id., p. 249

La doctrina señala que para existir novación son necesarios tres requisitos:

- a) Preexistencia de una obligación.
- b) Creación de una nueva obligación.
- c) La voluntad de novar (*animus novandi*).

En el anatocismo se mantiene la obligación primigenia, por lo que no se está creando una nueva obligación, solo a la obligación primigenia se le han capitalizado los intereses, cumpliendo claro está, con los requisitos del 1250º del CC. Consiguientemente la obligación primigenia se mantiene intacta, no ha sido cambiada por una nueva, por lo que en propiedad el anatocismo no es una novación.

## SECCIÓN SEGUNDA: EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES COMERCIALES, FINANCIERAS Y TRIBUTARIAS

### 1. EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES COMERCIALES Y FINANCIERAS

Si bien en las obligaciones civiles existe una prohibición expresa del anatocismo, no es así en las obligaciones comerciales y financieras, donde está permitido. La parte final del art. 1249º es clara al respecto: *“salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”*.

La pregunta es por qué la excepción.

La excepción alude al Contrato de Cuenta Corriente Mercantil regulado por el Código de Comercio, y al Contrato de Cuenta Corriente Bancaria regulado por dicho Código así como por la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, Ley Nº 26702.

Podemos definir la Cuenta Corriente Mercantil como un:

*“Contrato por el cual dos personas, en relación de negocios continuados, acuerdan concederse temporalmente crédito recíproco, quedando obligados ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, sin exigirse el pago inmediato sino el saldo a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia al ser aquélla cerrada en la fecha convenida”*.<sup>206</sup>

De donde se desprende que el objetivo del contrato es:

1. Concesión recíproca de crédito puesto que se difieren los pagos, y
2. Sometimiento de los pagos a una posterior liquidación y compensación.

207

---

<sup>206</sup> Langle, citado por Nuri Rodríguez Olivera en su artículo Cuenta corriente mercantil, p. 1

<sup>207</sup> Id.

Ello obedece a fin de permitir una mayor fluidez en las transacciones comerciales, sobretudo al tratarse de operaciones entre comerciantes, donde puede existir entre ambos tanto créditos como deudas (contablemente en las columnas del debe y el haber), siendo el saldo deudor final pasible de una capitalización de intereses.

Ofrece varias ventajas, como:

1. Crédito recíproco, prestándose mutuamente ayuda económica,
2. Gracias al crédito, el comerciante podrá destinar el efectivo a otras actividades,
3. Se simplifican las relaciones comerciales, evitando pagos parciales y movimientos de dinero, reduciéndose a un solo pago único y definitivo.<sup>208</sup>

#### **Características del contrato:**

1. Es bilateral y sinalagmático, pues impone obligaciones recíprocas a las dos partes.
2. Es oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose uno en beneficio de otro.
3. Es principal, dado que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención.
4. De ejecución sucesiva.

Como es obvio, para que ese contrato produzca efectos útiles, será menester que entre las partes se celebren negocios jurídicos, de los cuales nazcan créditos o deudas que permitan el funcionamiento de la cuenta corriente.<sup>209</sup>

La Cuenta Corriente Mercantil se encuentra regulada en el art. 563<sup>o</sup> del Código de Comercio que a la letra indica:

*“Hay contrato de cuenta corriente mercantil, cuando dos personas que tienen que entregarse recíprocamente valores, estipulan convertir sus*

---

<sup>208</sup> Id.

<sup>209</sup> Id.

*créditos en partidas de "Debe" y "Haber", de modo que solo resulte exigible la diferencia final procedente de la liquidación".<sup>210</sup>*

Evidentemente que la idea es darle fluidez a las transacciones comerciales y volver líquidos los valores exigibles, los cuales podrán capitalizar los intereses. En este último caso el pacto de capitalización será no menor a los seis meses.<sup>211</sup>

En cuanto a la Cuenta Corriente Bancaria, a nivel nacional, se encuentra especialmente regulada en los artículos 225º al 228º de la ley 26702.

Sin embargo, el Código de Comercio de Costa Rica define de forma más didáctica a este tipo de contrato como: *"La cuenta corriente bancaria es un contrato por medio del cual un banco recibe de una persona determinada un depósito de dinero en efectivo o le otorga un crédito; para girar contra aquél, pudiendo disponer de dichos fondos en cualquier momento, a través de cheques provistos por la entidad bancaria, o autorizando a dicha entidad a realizar débitos de la cuenta provenientes de otras operaciones bancarias".<sup>212</sup>*

De donde se desprende que algunas características de este contrato son: es autónomo, bilateral, consensual, normalmente oneroso y de ejecución continuada.<sup>213</sup>

1. Es autónomo, porque consiste en una combinación de prestaciones que el banco realiza por cuenta y en interés del cliente, verbigracia, el servicio de caja que presta el banco integrando elementos del mandato y del depósito.

2. Es bilateral porque engendra obligaciones para ambas partes, de

---

<sup>210</sup> Código de Comercio

<sup>211</sup> Id., art. 574º

<sup>212</sup> Citado por Jose Ignacio Argañaras: La cuenta corriente bancaria. Disponible en: <http://studylib.es/doc/7877388/la-cuenta-corriente-bancaria>

<sup>213</sup> Rodolfo A. Nugués "La Cuenta Corriente Bancaria", Ediciones Pannedille, Bs.As. 1.970, pág. 51. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/169683293/La-Cuenta-Corriente-Bancaria>

ejecución continuada o sucesiva.

3. Es consensual, ya que se origina por voluntad de las partes; siendo condición de “habilitación”, la provisión de fondos, o autorización para girar en descubierto.
4. Es oneroso, ya que los bancos suelen cobrar intereses y gastos por las gestiones, o intereses del descubierto.
5. Es nominado o típico ya que está expresamente regulado.<sup>214</sup>

Según refiere Rodríguez Azuero<sup>215</sup> algunos tratadistas consideran al contrato de cuenta corriente como un contrato accesorio a un depósito irregular de dinero o a un contrato de apertura de crédito, lo cierto es que este contrato permite el normal funcionamiento de los depósitos en cuenta, razón por la cual se encuentra estipulado en la ley 26702 como un contrato bancario. Igual sucede con el contrato de depósito de ahorros establecido en el art. 229º de la citada norma, que permite la captación de dinero del público y cuyos intereses generados son capitalizables periódicamente.

Consiguientemente en las operaciones del sistema financiero es lícito el convenio anticipado de capitalización de intereses por lo que vencido un período previamente pactado se podrán capitalizar sea que se trate de un contrato de cuenta corriente o de depósito de ahorros.

Conforme al art. 1º de la ley 26702, el alcance de la ley que entiende como entidades del sistema financiero es bastante amplio, va desde los bancos, banca múltiple, sucursales de bancos extranjeros, pasando también por las financieras, cajas municipales, cooperativas de ahorro y crédito, y cualquier entidad que sea fiscalizada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

---

<sup>214</sup> Jose Ignacio Argañaras, op. cit.

<sup>215</sup> Osterling y Castillo, op. cit., Vol. XVI, T. VI, p. 263

## 2. EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Hasta antes de la modificatoria del artículo 33º del TUO del Código Tributario por el Dec. Leg. 969, los intereses moratorios acumulados al 31 de Diciembre de cada ejercicio fiscal se capitalizaban al tributo impago, generando a su vez nuevos intereses a partir del 1º de Enero del siguiente ejercicio fiscal:

### *Artículo 33.- INTERES MORATORIO*

.....

*b) El interés diario acumulado al 31 de diciembre de cada año se agregará al tributo impago, constituyendo la nueva base para el cálculo de los intereses diarios del año siguiente.*

Pero, con la modificatoria producida por el artículo 3 del Decreto Legislativo 969, publicado el 24 diciembre de 2006, los intereses moratorios dejan de acumularse al tributo impago y consiguientemente de capitalizarse, pasando a ser solo interés simple conforme a una tasa vigente:

### *Artículo 33.- INTERES MORATORIO*

.....

*b) Los intereses moratorios se aplicarán diariamente desde el día siguiente a la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago inclusive, multiplicando el monto del tributo impago por la TIM diaria vigente. La TIM diaria vigente resulta de dividir la TIM vigente entre treinta (30).*

Posteriormente, el TUO del Código Tributario establecido por Decreto Supremo N° 133-2013-EF ha mantenido la no capitalización de los intereses moratorios, proscribiendo el anatocismo de las deudas tributarias.

**CAPÍTULO VIII**  
**EL ANATOCISMO EN LAS OBLIGACIONES CIVILES**  
**(II PARTE)**



## SECCIÓN PRIMERA: ANTECEDENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1250º DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. ANTECEDENTES NACIONALES DEL ART. 1250º CC:

El efímero Código Civil del Estado Nor Peruano de 1836, en su artículo 750º, consentía el anatocismo, aunque la periodicidad temporal era solo de un año: *“Los intereses debidos al menos por un año pueden producir otros intereses, si hay nueva convención”*.<sup>216</sup>

Nuestro primer Código Civil en propiedad, el de 1852, regulaba el anatocismo con una mejor técnica, estableciendo en su artículo 1823º que *“No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito”*.<sup>217</sup>

Aunque, como apunta el Dr. Fernando Guzmán Ferrer<sup>218</sup>, el adverbio “entonces” se entendió como una condición de modo (por escrito) y no de tiempo, lo que trajo algunos equívocos que debieron ser subsanados en el posterior Código; sin embargo, la idea central era clara: debería existir una doble condición: la primera formal (un pacto por escrito) y la segunda temporal (por lo menos dos años de atraso en el pago de la obligación), debiendo corresponder a intereses vencidos y no por vencer.

Posteriormente, el Código de 1936 tendría una mejor redacción, señalando el artículo 1586º que *“No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos”*.<sup>219</sup>

Se mantenía las dos condiciones subsistentes, tanto el tiempo de

---

<sup>216</sup> Osterling y Castillo, op. cit., Vol. XVI, T. VII, p. 139

<sup>217</sup> Código Civil de 1852

<sup>218</sup> Guzmán Ferrer, Código Civil comentado, T. III, p. 1850

<sup>219</sup> Id., p. 1849

atraso por dos años como la necesidad de constar el acuerdo por escrito.

Con el Código Civil de 1984 se precisa mucho mejor la institución del anatocismo en dos artículos. El art. 1249º establece que *“No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”*. A continuación, el 1250º indica la permisibilidad relativa del anatocismo: *“Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses”*.

El común denominador entre los artículos de los tres Códigos Civiles que hemos tenido hasta la fecha se encuentra en que se refiere al anatocismo convencional, vale decir al celebrado por acuerdo de las partes, por lo que nuestra codificación siempre ha postulado una permisibilidad relativa del anatocismo, a semejanza de otras legislaciones, estableciendo dos condiciones: de modo (por escrito) y de tiempo (un plazo mínimo de atraso en el pago de intereses, que en el CC vigente se reduce de dos a un año).

Otra discusión sobre los intereses vencidos ha sido a qué tipo de intereses se refirió el Codificador. A simple vista podría parecer se trata solo de los intereses compensatorios, pero como la norma no lo precisa, podemos suponer que también se refiere a los intereses moratorios e incluso a los intereses legales.<sup>220</sup>

Este criterio es compartido por distintos juristas nacionales como Fernando Vidal Ramírez, Carlos Cárdenas Quirós o los ya clásicos tratadistas de las obligaciones en el Perú, Felipe Osterling y Mario Castillo:<sup>221</sup>

*“Agrega el referido autor [se refieren a Cárdenas Quirós] que la*

<sup>220</sup> Código Civil comentado. Edic. Gaceta Jurídica, T. VI, p. 426.

<sup>221</sup> Osterling y Castillo, op. cit., p. 149-150

*capitalización de intereses puede operar tanto respecto de los intereses compensatorios, como a propósito de los intereses moratorios o legales devengados, desde el momento en que el artículo citado [en referencia al 1250 del CC] no hace distinción alguna: **ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus***".<sup>222</sup>

Al viejo principio romano debemos sumar el principio constitucional inspirado en este principio que textualmente puntualiza:

*"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*.<sup>223</sup>

Consiguientemente, efectuando una concordancia constitucional, así como rescatando los principios que nos vienen del derecho romano, podemos inferir que no existe prohibición alguna para capitalizar también los intereses moratorios y legales, y no solo los compensatorios.

Otro punto que ha merecido debate es que la norma no establece sanción de nulidad de no cumplir con las condiciones (modo y tiempo). Un sector de los comentaristas peruanos del artículo en mención indican que al no existir sanción de nulidad, el convenio que pacte anatocismo no sería nulo, sino solo un medio probatorio.<sup>224</sup> Al respecto, creo que el 1250º debe ser concordado también con el art. V del Título Preliminar del propio Código Civil, referido a las normas de orden público y buenas costumbres. En el presente caso, el 1250º contiene un mandato imperativo, no de carácter facultativo, por lo que debe cumplirse entendemos bajo sanción de nulidad de pleno derecho.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Podemos traducir como "Donde la ley no distingue, nosotros no lo debemos hacer. Nota del tesista.

<sup>223</sup> Constitución Política del Perú, art. 2º, inc. 24-A

<sup>224</sup> Id.

<sup>225</sup> Lo cual no quita que en el futuro, en una eventual reforma del 1250º, se introduzca al final del artículo la frase "bajo sanción de nulidad" a fin de evitar malas interpretaciones. Nota del tesista.

## 2. TRATAMIENTO DEL ANATOCISMO EN OTRAS LEGISLACIONES

María Medina Alcoz<sup>226</sup> realiza un recuento bastante extenso de la aplicación del anatocismo en Europa. Cito textualmente a la autora:

*“Los intereses anatocísticos –en mayor medida, incluso, de lo sucedido con los intereses simples– han sido objeto, en general, de un juicio negativo o, al menos, han sido contemplados con recelo. Si pronto se aceptó que el incumplimiento de la obligación pecuniaria debía generar intereses moratorios para indemnizar al acreedor; no sucedió lo mismo cuando la incumplida era la obligación accesoria de pagar intereses. El anatocismo de origen legal ha sido exiguo en las legislaciones y los pactos anatocísticos han sido prohibidos o limitados por el legislador, por entender que eran una vía con la que sustraerse a la prohibición de los intereses usurarios o bien por comportar un incremento considerable de la deuda, que podía acarrear la ruina del deudor-prestatario.*

*“En el Derecho romano arcaico y preclásico se permitieron los pactos anatocísticos. En el clásico, en cambio, quedaron restringidos al denominado anatocismus anniversarius, que vedaba su pacto anticipado, de suerte que solo trascurrido un año desde su vencimiento, se podía estipular que los intereses simples generaran intereses. Pero fue prohibido al final de la República. El emperador Justiniano acabó definitivamente con la figura, al quedar proscrito tanto el anatocismus coniunctus (intereses de los intereses devengados añadidos al capital), como del separatus (intereses prestados de nuevo al deudor que generaban, a su vez, intereses): ut nullo modo usuræ usurarum a debitoribus exigantur. El Derecho canónico tampoco lo permitió, pues, por razones asociadas a la pobreza (paupertas) de una economía fundamentalmente agraria y a la caridad cristiana, condenaba, en general, el cobro de intereses (peccatum usuræ)*

*“Este disfavor hacia el anatocismo se mantuvo hasta el siglo XIX y, a la prohibición canónica del cobro de intereses, hay que añadir el principio ideológico francés tendente a propiciar la tutela del deudor: el favor debitoris (disfavor creditoris)”.*<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference En: [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>227</sup> María Medina Alcoz, op. cit.

En la actualidad la situación ha cambiado y tenemos una variedad de capitalización de intereses. Un anatocismo convencional (CC alemán, sueco, italiano y griego), un anatocismo legal y convencional por intereses vencidos (CC griego), un anatocismo legal automático en el CC Holandés:

*“En cambio, últimamente, el Código Civil holandés lo regula en su artículo 119.2 del Libro 6 (1992) de manera muy permisiva, al determinar que, al finalizar cada año, los intereses vencidos y no pagados se acumulan al capital para generar nuevos intereses (anatocismo legal automático, sin necesidad de requerimiento judicial ni extrajudicial”.*<sup>228</sup>

Y, en el derecho inglés se resolvió el tema vía leyes especiales y tribunales:

*“La prohibición legal del compound interest (capitalisation of interest) cuenta, sin embargo, con cuatro excepciones que lo permiten<sup>19</sup>. Las dos primeras provienen de la sentencia del caso London, Chatman & Dover Railway Co. v. South Eastern Railway Co. (1983): la House of Lords reconoció que el interés compuesto puede ser pagado si así lo han pactado las partes en el contrato o si en el curso de las negociaciones o los usos del comercio han creado un cláusula implícita en virtud de la cual debe abonarse dicho interés. La tercera viene marcada por la obligación de pagar el interés compuesto con base en la equidad (equity), cuando una persona con un cargo de confianza, como un fideicomisario (trustee) o un albacea, obtiene indebidamente beneficios del dinero que administra. La cuarta viene determinada porque en algunas circunstancias el demandante puede solicitar el pago del interés como special damages: el interés compuesto se concederá si las partes contemplaron expresamente que, en caso de incumplimiento del contrato, el acreedor tendría que acudir a un préstamo de dinero a interés compuesto. El informe elaborado por la Law Commission de Inglaterra y Gales para la reforma del Derecho, afirma que “la razón obvia*

---

<sup>228</sup> María Medina Alcos, op. cit.

*por la cual debe pagarse el interés compuesto es que refleja la realidad económica”, pues el demandante, privado del dinero que le debía haber sido entregado, ha perdido la oportunidad de invertirlo o ha tenido que pedirlo prestado, en ambos casos a interés compuesto. A su vez, el Discussion Paper elaborado por la Scottish Law Commission<sup>229</sup>, considera que “la posición contraria al interés compuesto es, esencialmente, una posición contraria al interés mismo”.<sup>229</sup>*

### **3. OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR**

#### **3.1. Los intereses de la capitalización primaria.-**

Una pregunta es si los intereses generados de la capitalización de los intereses originales pueden ser a su vez capitalizados nuevamente. Ejemplo: Tenemos cien de capital y sesenta de intereses vencidos. Arroja un total de ciento sesenta de capitalización primaria que a su vez en, supongamos, un año, da ochenta de intereses. Esos ochenta, ¿podrán ser capitalizados de nuevo?

Sí, pero será necesario que se cumpla los requisitos del 1250º de modo y tiempo. Un nuevo convenio y haber transcurrido por lo menos un año.

### **4. FORMAS QUE PUEDE ADQUIRIR EL ANATOCISMO**

El anatocismo puede pactarse bajo dos formas<sup>230</sup>:

#### **A) El anatocismo conjuntos:**

Que se produce cuando se incorporan los intereses vencidos al capital original formando consiguientemente un nuevo capital. Ejemplo: Un capital de cien ha generado sesenta de intereses vencidos, los que sumados dan ciento sesenta como nuevo capital.

---

<sup>229</sup> María Medina Alcos, op. cit.

<sup>230</sup> Osterling y Castillo, op. cit., p. 144

**B) El anatocismo separatus:**

Que supone la conformación de un nuevo capital con los intereses vencidos. Volviendo al ejemplo anterior, los intereses vencidos que suman sesenta forman un capital autónomo por esa suma que a su vez generará nuevos intereses.

Otras clasificaciones son las siguientes:<sup>231</sup>

**4.1. Por las limitaciones en la repetición del pacto de anatocismo.-**

Podemos tener:

**A) Anatocismo restrictivo:**

Es decir se puede pactar en forma limitada. Ejemplo: Máximo una o dos veces.

**B) Anatocismo ilimitado:**

Se puede pactar ilimitadamente las veces que las partes acuerden.

Cabe precisar que el 1250º no pone restricciones a la cantidad de veces que se puede pactar un acuerdo de capitalización de intereses, siempre y cuando se trate de intereses vencidos.

**4.2. Por el tipo de intereses capitalizables.-**

Puede ser:

**A) Anatocismo de intereses convencionales:**

Cuando el origen de los intereses vencidos son compensatorios y/o moratorios.

**B) Anatocismo de intereses legales:**

Cuando el origen de los intereses vencidos son los intereses legales.

---

<sup>231</sup> Las clasificaciones que siguen las ha elaborado el tesista.

#### **4.3. Por el tiempo en que se pactan:**

##### **A) Pactos al vencimiento inmediato del año:**

Vencido el año que ordena la ley se pacta inmediatamente la capitalización de los intereses vencidos.

##### **B) Pactos con posterioridad a dicho período de tiempo:**

Cuando el pacto se realiza trascurrido con exceso el año que manda la ley.

#### **4.4. Por el origen de la capitalización de los intereses:**

##### **A) Por convención de las partes:**

Conforme a los requisitos establecidos en el 1250º del CC.

##### **B) Por deudas comerciales o bancarias:**

Tratándose de cuentas comerciales o bancarias no requiere pacto entre las partes. La capitalización se produce automáticamente.

##### **C) Por decisión del órgano jurisdiccional:**

En este caso ha existido un proceso con sentencia firme y suma líquida exigible, por lo que los intereses vencidos pasan a capitalizarse por decisión judicial.

Nuestro sistema legal contempla solo los dos primeros (anatocismo por convención entre las partes y por deudas comerciales o bancarias), más no el tercero (anatocismo en sede judicial) que es nuestra propuesta que la describiremos en el siguiente acápite.

### **5. ANATOCISMO DE OBLIGACIONES CIVILES EN SEDE JUDICIAL**

#### **5.1. Características del anatocismo en sede judicial.-**

El anatocismo en sede judicial tiene como condición previa que debe existir un proceso ante el órgano jurisdiccional. Pero no basta con ello. Este proceso debe haber seguido un camino exitoso. En un primer momento se trata de una demanda calificada positivamente, que inicia su camino libre de cualquier cuestionamiento.



Naturalmente se trata que la obligación civil se encuentre debidamente probada y, conforme al art. 196º del CPC, al acreedor le corresponderá la carga de la prueba. Él es el único responsable de probar la existencia de la obligación, de no hacerlo su demanda se declarará infundada.<sup>232</sup>

Admitida a trámite su demanda y cumplidos los actos y plazos procesales llegará el momento de la sentencia, la cual naturalmente deberá ser declarada fundada. En esta etapa del proceso pueden ocurrir dos supuestos: el primero, que se declare fundado el petitorio en su totalidad; el segundo, que el fallo declare solo parcialmente fundado el petitorio.

La sentencia a su vez deberá estar firme, sea por quedar consentida o por estar ejecutoriada.

Estando firme la sentencia, que ningún recurso le puede hacer cambiar el sentido, entramos a la etapa de la ejecución. Para ello la obligación deberá ser una suma líquida, vale decir cuantificable monetariamente a efectos que pueda generar los intereses. Consiguientemente en la etapa de ejecución adjuntaremos una liquidación de intereses la cual también deberá pasar la etapa de la aprobación y quedar firme por medio de resolución judicial que declare aprobados los intereses.

Para todo ello y, atendiendo a la morosidad de los sistemas judiciales, con exceso habrá transcurrido más de un año desde que se interpuso la demanda judicial, por lo que es justo que el acreedor no vea disminuido en términos reales su capital original lo cual iría en desmedro del sentido de equidad.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> Naturalmente no se trata solo de probar, sino de probar idóneamente, algo que muchas veces los operadores del derecho olvidan. Nota del tesista.

<sup>233</sup> Estamos suponiendo que se trata de un acreedor que no cuenta con pacto previo de cláusula penal, de indexación de la obligación o alguna otra institución jurídica que proteja el poder adquisitivo de la obligación.

## 5.2. Anatocismo en sede conciliar o arbitral.-

¿Puede darse el caso que el anatocismo se pacte en un procedimiento de conciliación extrajudicial? La respuesta es afirmativa. Puede suceder que llevado a cabo el procedimiento en sede conciliar las partes acuerden capitalizar los intereses de la obligación, siempre y cuando se cumpla con el 1250º, es decir se trate de intereses vencidos y el atraso sea de por lo menos un año. No se podría, por ejemplo, pactar capitalización de intereses a futuro o cuando el atraso sea menor al año. Si se acuerda algo similar sería nulo de plena nulidad.

En cambio es diferente de tratarse en sede arbitral. El arbitraje es como un proceso judicial solo que llevado privadamente. No interviene el estado directamente a través del poder judicial, sino se deja que las partes designen a sus árbitros, suerte de jueces, quienes resolverán la litis. En ese supuesto, la parte afectada con el incumplimiento de la obligación no podría pedir la capitalización de los intereses, dado que los árbitros no están facultados para otorgar ese beneficio al acreedor, salvo que las partes lo acuerden y adjunten el documento al proceso. O en su defecto, la parte afectada en ejecución de laudo arbitral y ya en sede judicial podría solicitar la capitalización de intereses una vez reformado el 1250º.

## 5.3. Antecedentes Legislativos.-

Como señalamos en el capítulo anterior, el reformado 1154º del CC Francés permitió el anatocismo en sede judicial:

*“Los intereses vencidos de capitales podrán producir intereses, mediante demanda judicial, o mediante un acuerdo especial, siempre que, bien en la demanda, o bien en el acuerdo, se trate de intereses debidos durante al menos un año entero”.*<sup>234</sup>

Las condiciones que señala el Código Napoleón básicamente son

---

<sup>234</sup> Código Civil Francés

dos:

- a) Debe existir una demanda judicial o un acuerdo de partes, y
- b) Los intereses vencidos deben tener por lo menos un año.

Algo similar aporta el Código Civil Italiano, en su artículo 1283<sup>o</sup>, aunque reduciendo el período de tiempo a seis meses:

*“A falta de usos contrarios, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la interposición de la demanda judicial o por efecto de convenio posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses”.*<sup>235</sup>

En nuestra región el derogado Código Civil Argentino en el artículo 623<sup>o</sup> recogía la institución del anatocismo también para sede judicial:

*“No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”.*<sup>236</sup>

De este precepto se deducen dos hipótesis para la convención del anatocismo:

La primera, cuando las partes expresamente lo convengan como acumulación de los intereses al capital y en forma posterior a contraída la obligación. Entendiéndose asimismo que se aplican a los intereses vencidos y nunca sobre los futuros. Se dice que en este caso el deudor conoce el total del recargo y que, por lo tanto, es conveniente autorizarlo para evitar por otra parte fraudes a la ley prohibitiva, celebrando un nuevo contrato de mutuo.

La segunda hipótesis se produce en sede judicial y siempre y cuando el deudor se encuentre en mora, previo requerimiento para que pague la obligación.

---

<sup>235</sup> Traducción del tesista.

<sup>236</sup> Código Civil Argentino

## **SECCIÓN SEGUNDA: BREVE ESBOZO DE NUESTRA PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 1250º CC**

Nuestra propuesta modificatoria que se encuentra en el Anexo 1 se enmarca dentro del anatocismo relativo (con causal determinada por ley y bajo ciertas condiciones) y consiste en agregar un segundo párrafo al artículo 1250º del CC, a fin de permitir el anatocismo en sede judicial o arbitral.

Para su aplicación hemos considerado los siguientes requisitos:

- a) Cuantificación de la obligación en dinero, dado que se trata de intereses que nacen de una suma determinada.
- b) Temporalidad: Se continúa con la tendencia del año de vencimiento de los intereses.
- c) Requisitos en sede judicial o arbitral: Exista sentencia judicial o laudo arbitral firme.
- d) Periodo de acumulación de intereses: Desde el momento de la interposición de la demanda o la solicitud arbitral.
- e) Improcedencia del anatocismo judicial o arbitral: Si existe pacto previo de cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.

Hemos agregado estas causales de improcedencia dado que por un lado el acreedor tiene de por medio convenios resarcitorios de la obligación principal y, por otra parte, de existir tales convenios, si le agregamos el anatocismo, la obligación sería demasiado onerosa para el deudor, dado que tendría que sumar a los intereses capitalizados, sean convencionales o legales, dichos convenios que ya están resarciendo la obligación principal a favor del acreedor.

## **SECCIÓN TERCERA: ENSAYO APROXIMATIVO DE LA APLICACIÓN DEL AED A UNA PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 1250º DEL CC<sup>237</sup>**

### **I**

Una propuesta normativa no solo puede ser analizada desde el punto de vista jurídico (como ya hemos visto, otras legislaciones también contemplan la capitalización de intereses en sede judicial), sino también desde el análisis económico del derecho.

Veamos.

Se entiende por costo todo aquello que representa un gasto no solo monetario, sino en esfuerzo, tiempo y dedicación para conseguir un provecho económico. Beneficio es aquello que nos produce la satisfacción de alguna necesidad. Demás está decir que tanto las necesidades como las satisfacciones son de carácter subjetivo.

En una relación costo-beneficio la regla es inversamente proporcional: a menor costo de acceso el número de beneficiados será mayor; y a un mayor costo de acceso el número de beneficiados será menor.

Así, por ejemplo, si el acceso a un trámite administrativo determinado, supongamos una licencia de funcionamiento, significa una serie de trámites engorrosos, derechos administrativos elevados y arbitrariedad en los requisitos, tendremos un menor número de personas que se beneficien con la licencia de funcionamiento y consiguientemente un mayor número de personas cuyos negocios operen en la informalidad. Pero, si los trámites son sencillos, se aplica la simplificación y se cobra un derecho administrativo que

---

<sup>237</sup> El AED es útil como herramienta para enfocar el derecho desde otro ángulo. Y Obligaciones, como hemos expresado en otras páginas de la presente tesis, se presta bastante para este enfoque.

refleje realmente el costo del servicio, el número de beneficiados con el acceso a la licencia será mayor.

Es lo que dentro del Análisis Económico del Derecho se denomina *análisis positivo* y *análisis normativo*.

Con el análisis positivo se busca encontrar relaciones de causalidad. Es lo que existe en la realidad. Aplicado al derecho puede ser a una norma, a una resolución judicial, una institución jurídica o un sistema legal. Por ejemplo, si lo aplicamos al artículo 1250º del Código Civil, vemos que el anatocismo en el ámbito civil se encuentra limitado a los convenios posteriores a la obligación, con un horizonte temporal no menor al año. Tenemos una relación de causa y efecto. Una obligación contraída donde se haya pactado intereses (la causa) y un atraso de estos no menor al año (el efecto).

También podemos deducir que la norma permite el anatocismo relativo *ex post*; pero nada dice de la posible aplicación del anatocismo en sede judicial o arbitral cuando las obligaciones son puestas a cobro y no se haya pactado entre acreedor y deudor ningún resarcimiento del capital. En este momento es que ingresa como herramienta el análisis normativo.

Si el análisis positivo analiza “lo que es”; el normativo analiza “lo que debe ser”. Tratar de cambiar el estado de las cosas para lo cual ingresan otras variables en juego que pueden ser de carácter valorativo. Por ejemplo, de tratarse de una norma, como la podemos mejorar.

Volviendo al artículo 1250º del CC, ensayemos cómo podemos *mejorar* la propuesta existente. Vayamos a algunos supuestos de carácter valorativo.

¿No sería justo que un obligado a prestar alimentos y que requerido con el pago, con sentencia firme de por medio, se capitalicen los intereses legales generados desde la notificación con la demanda a favor del acreedor

alimentista?; o ¿no sería deseable que a un arrendador que entabla un juicio por pago de arriendos atrasados, se le compense adecuadamente al final del proceso con una capitalización de los intereses generados por los arriendos no pagados oportunamente?

Son juicios de valor, es cierto, pero se encuentran dentro de lo deseable, alcanzar lo que se conoce, más allá de los formalismos y tecnicismos legales, como justicia. Hacia ello apunta la reforma propuesta al artículo 1250º del CC.

## II

Ello aplicado al anatocismo en sede judicial, tendríamos que al no existir una compensación adecuada de la obligación civil en sede judicial, el acreedor recibirá por lo general solamente los intereses legales como resarcimiento por la demora en el incumplimiento, por lo que verá mermado en términos reales su capital, dado que traducido en términos monetarios recibirá un capital desvalorizado, más si tomamos en cuenta el tiempo que duran los procesos judiciales civiles, más allá de la razonabilidad de todo plazo procesal y peor aún si la inflación es alta; mientras que el deudor pagará una deuda por debajo de los términos reales. Vale decir que se desequilibra la igualdad que debe existir entre las partes y se mandará “señales” propendiendo a la elusión o demora en el pago, sobretodo en los deudores dolosos.

Eso es otro factor importante dentro del AED: las “señales” que una norma puede emitir o los incentivos o desincentivos para cumplirla o eludirla.

Por ejemplo, si las señales que emite una norma permiten su elusión o incumplimiento (v. gr., si en la tipificación de los delitos las penas son mínimas), el incumplimiento se dará por quien tiene que cumplir la norma. Son los “incentivos” que trae aparejada una norma para su cumplimiento o no. Si las obligaciones puestas a cobro que no cuentan con mecanismos resarcitorios del capital y solo cuentan con una tasa ínfima de intereses

legales, es más que probable que el obligado a pagar la obligación buscará el máximo retardo en cumplirla o sencillamente no la cumplirá, dado que el costo para cumplirla es bajísimo.

Caso contrario sucedería con una capitalización de los intereses de no contar el acreedor con alguna institución previamente pactada que garantice mantener en términos reales el capital. Efectivamente, al capitalizar los intereses, el acreedor no recibiría un capital desvalorizado, sino todo lo contrario. Asimismo, se mandarían “señales” sobretodo a los deudores dolosos a fin que cumplan con el pago de la obligación en tiempo oportuno, lo cual sería doblemente beneficioso: tanto en la esfera interna o subjetiva del acreedor como hacia la sociedad.



## **CAPÍTULO IX**

### **CONCLUSIONES Y REOMENDACIONES**

## CONCLUSIONES

1. En las sociedades que utilizaron el dinero, entre otros aspectos, como medio de pago, colateralmente aparecerán los préstamos a interés, los que van a reeditar una suma adicional al dinero prestado.
2. Los estados, de una u otra forma, han querido regular las tasas de interés. Desde la prohibición a prestar dinero a interés hasta la limitación o tope, lo que se conoce como “tasas máximas permitidas”.
3. Con la creación del primer Banco Central gradualmente la función de regular las tasas de interés van recayendo en esta institución.
4. Usualmente han existido dos caminos en la regulación: la fijación de tope o tasas máximas permitidas y la regulación indirecta a través de la tasa de descuento, el dinero que ofrece el banco central a las instituciones intermediarias.
5. Nuestra legislación optó inicialmente por las tasas máximas permitidas inspirado en el Código Civil Francés reformado, que fijaba tasas máximas tanto para los intereses convencionales como el legal.
6. Ello confirma la preocupación que siempre ha tenido el Estado para regular las tasas de interés; aunque a veces la regulación no ha sido afortunada.
7. El problema que tienen los tope o tasas máximas es que pueden ser eficaces en épocas de estabilidad económica (baja inflación y precios relativamente estables); pero no en épocas de inestabilidad económica (alta inflación y precios volátiles), como se demostró con la regulación de las tasas máximas en el Código Civil de 1936, y otras experiencias históricas habidas en distintos países.
8. Aparte de ello, proponer legislativamente tasas máximas (o “techos” como se conocen en la jerga económica) sin tomar en cuenta las consideraciones del entorno económico-financiero puede traer como consecuencia una distorsión de la retribución por el uso del dinero, como sucedió en experiencias pasadas de nuestra historia, así como la de otras naciones. (La

banca informal en nuestro país en los 80 y 90 del siglo pasado, Zimbabue a inicios de siglo o Venezuela en el presente).

**9.** Inicialmente el Codificador del 36 fijaba un interés legal del 5% (art. 1325º del CC); y si bien no establecía topes en cuanto a las tasas convencionales a cobrar, la Ley de Agio y Usura era la que establecía indirectamente los topes.

**10.** No obstante toda esta cuidadosa legislación, el fenómeno de la inflación comenzó a golpear severamente a nuestro país desde mediados de los años setenta y origina que los intereses estipulados en el Código del 36 así como en la Ley de Agio y Usura sean francamente irrisorios, por lo que se promulgó el DL 21504 (Mayo de 1976) que modifica el interés convencional a la tasa máxima del 19%; pero lo más importante es que **delega en el Banco Central de Reserva la tarea de fijar los tipos y tasas de interés para las operaciones financieras** que realizan las empresas bancarias y las instituciones de ahorro. Con esta medida, el Banco Central periódicamente fijará los topes máximos permitidos, dejando de lado las tasas inamovibles que por años se mantuvo, práctica que será asumida por nuestro Codificador del 84.

**11.** En Junio de 1982, por Ley 23413, se modifica el art. 1325º del CC del 36 sobre el interés legal del 5%, reconociendo que debe ser el Banco Central de Reserva quien fije periódicamente la tasa para los casos en que no exista convenio expreso. Con ello se consolida la tendencia de delegar en el BCR, como institución técnica especializada, lo concerniente a las tasas de interés.

**12.** Así llegamos a 1984 y, con la promulgación de nuestro tercer Código Civil, lo relacionado con el pago de intereses es mucho más preciso y sistemático. En cierta forma hemos retornado al Código del Estado Nor Peruano de 1836 y al Código Civil de 1852, en el sentido que tipifica más claramente los tipos de interés y es más ordenado al respecto.

**13.** Sobre las tasas máximas, continúa con la tradición de las tasas máximas para el interés convencional, pero delegando la facultad de fijar los topes en el Banco Central de Reserva.

**14.** En nuestro ordenamiento jurídico, el Codificador creyó conveniente que junto al sistema nominalista (art. 1234º), las partes pudieran pactar otras

alternativas encuadradas dentro del sistema valorista (arts. 1235º, 1236º y 1237º), a fin que elijan la alternativa más conveniente. En ese sentido, merece destacarse la modificatoria del art.1237º del CC por el DL 25878, mediante la cual se permitió mayor flexibilidad en el pago de obligaciones en moneda extranjera, lo cual fue más bien una adecuación legal a la dolarización creciente de nuestra economía que comenzó a fines de los años 80 del siglo pasado, lo que obedece al hecho que es práctica común en épocas de depreciación monetaria y alta inflación que los pactos se establezcan en base a una moneda considerada sólida y confiable, toda vez que la moneda nacional pierde vertiginosamente el poder adquisitivo en términos reales. (v.gr.: los procesos de hiperinflación “históricos” del presente siglo como son Zimbabue y Venezuela).

**15.** En cuanto al anatocismo o capitalización de los intereses, el tema siempre ha sido controversial. Ha existido desde la prohibición absoluta hasta su permisibilidad total. En ese sentido tenemos tres grados en cuanto al anatocismo:

- a) El anatocismo absoluto: Que permite la capitalización de intereses sin ninguna restricción.
- b) El anatocismo relativo: Que permite la capitalización de intereses bajo ciertos supuestos y condiciones establecidas en la ley.
- c) La prohibición del anatocismo.

**16.** Nuestra legislación contempla el anatocismo relativo, bajo ciertas condiciones lo permite en las obligaciones civiles (un año luego de contraída la obligación y por escrito), mientras que para las obligaciones mercantiles, bancarias o similares se permite la libre capitalización.

**17.** El anatocismo es también una institución bastante antigua; pero corrió la misma suerte que los intereses cobrados por un capital: épocas en las que estuvo prohibido y épocas en que se permitió con regulaciones bastante específicas. Actualmente, la tendencia se encamina a un anatocismo relativo, bajo ciertos supuestos y condiciones establecidos en la ley, y a criterio del magistrado en el derecho inglés.

**18.** El Codificador del 84 no planteó el anatocismo en sede judicial, como sí lo hacía el Código Francés, en el reformado art. 1154º; por lo que existe un vacío legislativo ante circunstancias que se presentan como que el acreedor

no cuente con pacto previo por intereses convencionales, sistema de reajuste de deudas o algún mecanismo similar.

**19.** Ello trae como consecuencia el desequilibrio en la equidad de la obligación entre acreedor y deudor, sobretodo si la obligación ya se encuentra en sede judicial y se incentiva las malas prácticas de los deudores dolosos, que prefieren un largo proceso a fin de pagar una obligación desvalorizada, enviándose “malas señales” en su incumplimiento o, en el mejor de los casos, un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**20.** Frente a ello cabe la pregunta si el estado debe intervenir o no en estos supuestos y, de intervenir, cómo hacerlo.

## RECOMENDACIONES

1. La regulación de las tasas de interés siempre fue un aspecto polémico en el derecho y en la economía. ¿Cómo regularlas? Como vimos en la historia de los intereses, el Estado ha pasado de la prohibición absoluta al libre acuerdo de las partes, teniendo en el medio varios matices que no han sido del todo considerados.
2. Con la creación del Banco Central de Reserva y su incorporación en todos los estados modernos, la regulación de los intereses pasó a ser competencia del ente emisor. No obstante ello, en nuestra legislación todavía se estipula los topes o tasas máximas aunque a criterio del BCR.
3. Lo que la experiencia histórica ha enseñado es que la regulación de los intereses debe tener cierta flexibilidad, ni irnos al extremo ultracontrolista, ni tampoco al extremo totalmente permisivo de tasas elevadas, fuera de toda razonabilidad. El término medio, como decía Aristóteles, es el más idóneo en estos casos.
4. El capítulo sobre pago de intereses del Código Civil tiene dos ejes importantísimos: los intereses convencionales y la capitalización de los intereses, lo que se conoce como anatocismo. Y las preguntas que giran en torno al primer eje (los intereses convencionales) son: ¿deben estar sujetos libremente a lo que las partes pacten o deben ser regulados supletoriamente por el estado?, ¿debemos aplicar tasas máximas o no?, ¿qué organismo del estado es el más idóneo para regular los intereses? Mientras que en el segundo eje (la capitalización de intereses) tiene como preguntas de toda modificatoria: ¿se debe prohibir el anatocismo?, de permitirlo ¿cómo lo regulamos?, ¿debe existir un anatocismo absoluto o un anatocismo relativo?, y de ser relativo ¿en qué supuestos se debe permitir y bajo qué condiciones? Naturalmente que detrás de esas preguntas está el eterno debate entre la libertad absoluta de las partes o una libertad mediatizada, sujeta a ciertas condiciones. La libertad absoluta estuvo muy en boga a lo largo del siglo XIX, inspirado en el liberalismo político de la época, mientras la segunda se nutrió de la realidad social que vivió el siglo XX, relativizando

el liberalismo absoluto imperante.

5. Es por ello que proponemos que las tasas de interés convencional sean reguladas por el Banco Central de Reserva, sin mención a topes o tasas máximas (Anexo 1 de nuestra Propuesta Legislativa), bajo el siguiente tenor:

**Art. 1243°: *Las tasas de interés compensatorio y moratorio son reguladas por el Banco Central de Reserva del Perú en el marco de las funciones que le establece la constitución política y su ley orgánica. Esta regulación comprende tanto para las operaciones dentro o fuera del sistema financiero.***

6. Con ello se unifica bajo el Código Civil la regulación de las tasas de interés tanto para las operaciones financieras, mercantiles y civiles propiamente, como fue la intención original del Codificador del 84.

7. Se delega exclusivamente en el Banco Central de Reserva la regulación. Suponemos que en periodos de estabilidad económica las tasas serán libres, bajo ciertas condiciones de supervisión que competen a instituciones como la SBS o Indecopi (competencia de instituciones financieras, prohibición de concertación de precios y tarifas, entrada de nuevos ofertantes, ofertas publicitarias dirigidas al consumidor final, etc.). Pero, en periodos de incertidumbre económica –nunca lo sabremos con exactitud cuándo vayan a suceder- se requerirá otro manejo por parte del BCR y de repente hasta de fijación de topes o tasas máximas. Con ello también queremos tener la prudencia que tuvo el Codificador del 84 y seguir con la tendencia de delegar en el ente emisor el criterio regulatorio.

8. Consecuentemente se propone modificar el artículo 9 de la Ley 26702 bajo el siguiente tenor:

***Las tasas de interés que las empresas del sistema financiero pueden fijar para sus operaciones activas y pasivas y servicios, será conforme al artículo 1243° del Código Civil. Las comisiones y gastos son regulados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.***

9. Con lo que guarda concordancia con el art. 1243° del CC. El BCR será el encargado como institución eminentemente técnica de regular las tasas del sistema financiero, dado que el sistema financiero se ha vuelto bastante complejo y proponer que las tasas que cobren los bancos sean libres o irnos

al extremo de los topes o tasas máximas en las tasas cobradas no se condice con la realidad compleja de estas instituciones en la actualidad ni con la complejidad de las operaciones que realizan, ni el fluir necesario que deben tener los agentes económicos en las transacciones que realicen.

**10.** El otro eje es el anatocismo. ¿Vamos hacia una libertad total del anatocismo como propone un último Anteproyecto de Reforma del CC (ver Anexo 2), hacia una prohibición o un término medio como es en la actualidad el tratamiento de la institución?

**11.** Recomendamos continuar bajo un anatocismo relativo, tendencia que se repite en distintos códigos civiles modernos, ampliando solamente su aplicación a procesos judiciales o arbitrales que no tengan pacto previo de pago de intereses o algún mecanismo resarcitorio del capital a favor del acreedor. Es así que como una propuesta modificatoria legislativa, proponemos la inclusión de un segundo párrafo al art. 1250º del CC a fin que se permita el anatocismo de las obligaciones civiles en sede judicial o arbitral, quedando redactado de la siguiente manera:

**Artículo 1250º.- Validez de convenio de capitalización de intereses:**

Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

***También es válida la capitalización de intereses en las obligaciones de suma líquida, sea en sede judicial o en procesos arbitrales. La acumulación de intereses al capital será desde la fecha de notificación de la demanda al deudor o de la solicitud arbitral de ser el caso, y siempre que el atraso de los intereses sea de por lo menos un año y exista sentencia o laudo arbitral firme. No será de aplicación si existe pacto previo de intereses compensatorios, moratorios, cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.***

**12.** Como se puede apreciar se ha sido bastante comedido en el supuesto de anatocismo en vía judicial o arbitral, a fin de evitar el abuso contra el deudor, debiendo reunir una serie de requisitos como:



- a) Cuantificación de la obligación en dinero, dado que se trata de intereses que nacen de una suma determinada.
- b) Temporalidad: Se continúa con la tendencia del año de vencimiento de los intereses.
- c) Requisitos en sede judicial o arbitral: Exista sentencia judicial o laudo arbitral firme.
- d) Periodo de acumulación de intereses: Desde el momento de la interposición de la demanda o la solicitud arbitral.
- e) Improcedencia del anatocismo judicial o arbitral: Si existe pacto previo de cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.

**13.** Hemos agregado estas causales de improcedencia dado que por un lado el acreedor tiene de por medio convenios resarcitorios de la obligación principal y, por otra parte, de existir tales convenios, si le agregamos el anatocismo, la obligación sería demasiado onerosa para el deudor, dado que tendría que sumar a los intereses capitalizados, sean convencionales o legales, dichos convenios que ya están resarciendo la obligación principal a favor del acreedor.

**14.** Por consiguiente, nuestra propuesta de aplicación del anatocismo en sede judicial o arbitral es de carácter residual: siempre y cuando acreedor y deudor no hayan pactados mecanismos resarcitorios del capital al momento de pactarse la obligación.

**15.** Efectivamente, de aplicarse el anatocismo en sede judicial o arbitral para las obligaciones civiles que no cuenten con algún mecanismo compensatorio, la “señal” que el estado envía sobretudo a los deudores dolosos es que cumplan con la obligación contraída en tiempo oportuno y de acuerdo a lo pactado, dado que se verán expuestos al resultado de un proceso judicial donde obtenida sentencia firme y liquidación de intereses, se podrán estos capitalizar, aumentando considerablemente la deuda.

**16.** Desde el Análisis Económico del Derecho, son los “incentivos” o “desincentivos” que pueden existir con respecto a una norma. Los incentivos

son mayores cuando la norma trae beneficios (como simplificación de trámites, derechos razonables de acuerdo al servicio, rapidez en atención, etc.). Los desincentivos tienen que ver también con abstenerse de cometer una conducta errónea o un perjuicio. Así, por ejemplo, si la multa por infringir una señal de tránsito es alta y se sabe que efectivamente se va a cumplir con pagar esa multa, habrá menos conductores y peatones que se atrevan a infringir las reglas de tránsito.

**17.** Igual sucede en el caso de los deudores morosos, que no cumplen con la obligación a la espera del resultado de un proceso judicial largo y a veces complicado y azaroso, con apelaciones incluidas, para al final pagar una obligación desvalorizada.

**18.** No sería así de conocer de antemano que corren el riesgo, en sede judicial o arbitral, de abonar también la capitalización de los intereses de resultar vencidos en juicio. Se “desincentiva” una mala práctica y se “incentiva” más bien el cumplimiento oportuno de la obligación.

**19.** En igual sentido se recomienda modificar el artículo 1324<sup>º</sup> del CC sobre incumplimiento de dar suma de dinero, adecuándolo a la propuesta legislativa formulada:

***Art. 1324.- En caso no haya pacto de intereses, las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad que el acreedor pruebe daño alguno.***

***Si hay pacto de intereses o se deben intereses mayores, los mismos continuarán devengándose conforme al pacto establecido.***

***Si se hubiese estipulado la indemnización por daño ulterior, corresponde al acreedor la prueba de dicho daño y el respectivo resarcimiento.***

**20.** En la modificatoria hemos querido ser un poco más precisos en el *espíritu de la norma*, dado que el 1324<sup>º</sup> tiene tres párrafos que comprenden a su vez tres supuestos. El primero, cuando no hay pacto de intereses; naturalmente son los intereses legales los devengados. El segundo, cuando hay pacto de intereses. En ese caso se respetará el pacto y conforme a los

límites que establece el 1243º reformado. El tercer supuesto es más bien la indemnización por el daño ulterior causado. En ese caso corresponde probar el daño y justificar el debido resarcimiento a quien lo sufrió.

Agosto, 2019

**ANEXO 1**

**PROPUESTA LEGISLATIVA MODIFICATORIA DEL**

**TÍTULO II, CAPÍTULO II: PAGO DE INTERESES**

## **PROPUESTA LEGISLATIVA MODIFICATORIA DEL TÍTULO II, CAPÍTULO II: PAGO DE INTERESES**

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Como señalamos en el capítulo sobre la historia de las tasas de interés, el estado siempre ha tratado de regularlas por ser un precio sensible en su repercusión económica (estoy definiendo a los intereses desde un ángulo económico como “precio del dinero” o la retribución por el uso de un capital). Esa preocupación del estado por regular las t.i. no ha cambiado. Quizás ya no tenemos las prohibiciones que existían en el mundo antiguo de cobrar intereses, pero a través de las codificaciones civiles en Occidente aparecieron los “topes” o tasas máximas, como una manera de no permitir que se abuse del deudor.<sup>238</sup> Y en aquellos países donde la codificación no es norma como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, con leyes especiales en distintos estados de la unión se dieron topes a los intereses a cobrar<sup>239</sup>, por lo cual se convirtieron las tasas máximas en una constante en la regulación que la doctrina jurídica recogió en distintos autores.

La pregunta es si las tasas máximas es el mecanismo idóneo de regulación.

Parece que no.

Más que jurídicas, las consideraciones para dudar de la efectividad de los topes en las tasas de interés, son económicas. Creo que la tendencia a las tasas máximas de interés surgió por ser un mecanismo bastante fácil de proponer (basta poner un límite a las tasas a cobrar) y fácil también de fiscalizar (entidad financiera que se exceda puede ser sancionada). Lo que se quería era evitar la usura o los intereses usurarios en detrimento del

---

<sup>238</sup> Tasas de interés fijadas en promedio a las tasas en el sistema financiero: Chile, Colombia, Nicaragua, Francia, Holanda, Italia, Portugal. Control a través de instancias jurídicas: Alemania y Gran Bretaña.

Estudio de los topes a las tasas de interés. Informe de Asbanc, p.13. Recuperado de:  
[http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%20C3%89S%20-%20Julio%202013\\_20130705125533781.pdf](http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%20C3%89S%20-%20Julio%202013_20130705125533781.pdf)

<sup>239</sup> Op. cit., pp. 14-16

deudor. Mucha doctrina de esa época apunta en ese sentido.<sup>240</sup> Recordemos que en nuestro país por buen tiempo imperó la Ley de Agio y Usura, y que el artículo 214 del Código Penal todavía tipifica el delito de usura, aunque, hasta donde conocemos, sin muchos resultados efectivos.

Aparte de ello, las tasas máximas en los intereses aparecen cuando las operaciones económicas y financieras no eran tan complejas como en la actualidad y, por lo general, se limitaban a un ámbito nacional o regional, época donde los límites de un precio (entendidos los intereses como “el precio del dinero”) eran fijados por el estado. Época más controlista en ese sentido que la actual, donde por el proceso de globalización económica que estamos viviendo, es imposible un control como el diseñado antaño.

Es más, en la redacción original del Código Civil de 1936 existía un límite del 5% en la tasa a cobrar, límite que tuvo que ser derogado en virtud al alza incesante de la inflación acaecida en los años 70 del siglo pasado, por lo que se delega en el Banco Central de Reserva las tasas máximas permitidas. Esa tendencia continuó con el código civil vigente. El codificador del 84 prosiguió con la tendencia a los topes.

No se crea que es exclusivo a nosotros la tendencia a las tasas máximas. Usualmente las codificaciones civiles en lo tocante a los intereses han optado por las tasas máximas, quizás por las razones que ya expusimos (su facilidad) y por “contagio” de una legislación a otra. Y en países donde las codificaciones no es lo usual, como los Estados Unidos de Norteamérica (salvo algunos estados de la unión), leyes especiales limitaron también las tasas de interés a cobrar.<sup>241</sup>

Pero, al ser las tasas de interés bastante sensibles, sea para operaciones activas o pasivas, los topes pueden afectar el desenvolvimiento crediticio o los depósitos de los ahorristas. Es lo que sucedió, por ejemplo, en el periodo de la hiperinflación que sufrimos entre 1988-90, cuando las tasas de interés al no expresar el verdadero precio del dinero, pasaron a la informalidad a través de la denominada “banca paralela”, donde se ofrecían

---

<sup>240</sup> En una suerte de paternalismo estatal, Spota por ejemplo defiende los topes o tasas máximas de interés indicando que en “todo negocio jurídico en el cual alguien explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación con lo que entrega o promete”. (Citado en Código Civil comentado, T VI, p. 411. Ediciones Gaceta Jurídica.

<sup>241</sup> Asbanc, op. cit., pp.14-16

intereses exorbitantes, con el agravante que conocimos y la pérdida de los ahorros de los depositantes.<sup>242</sup>

El fenómeno no fue exclusivo de nosotros. John K. Galbraith cuenta en su libro “El dinero”<sup>243</sup> como los nacientes Estados Unidos de Norteamérica nacieron con una alta inflación, al haber financiado los costos de la guerra emancipadora con emisión inorgánica y prolija del continental, su primera moneda, por lo que los acreedores literalmente huían de sus deudores, al no querer ser pagados con dinero desvalorizado.

Los topes a las tasas de interés se pueden conceder en épocas que se caracterizan por la estabilidad económica; pero épocas inestables, con hiperinflación, como vivimos nosotros en años anteriores, las tasas máximas no funcionan.

Aparte de ello, que si las tasas máximas las propone el legislador, por ejemplo, a través de una ley, pueden ser objeto de uso político, como ya sucedió también en nuestra historia pasada, sacrificando así nuestra estabilidad económica.<sup>244</sup>

De allí que más viable es que la regulación de las tasas de interés se delegue al Banco Central de Reserva, entidad técnica y que tiene estudios actualizados y permanentes de cómo va la economía nacional y global, por lo que su perspectiva es más amplia que la de un político o la de un legislador que usualmente deja de lado el aspecto clave de la economía para regular las tasas de interés. Se encuentra también en la competencia que le otorga tanto la constitución política como su ley orgánica.<sup>245</sup>

Quizás en épocas de estabilidad económica no se percibe tanto esta necesidad de regular las tasas de interés, pero en épocas inciertas se hace imperativo que un organismo técnico sea el encargado de la regulación.

Aparte de las consideraciones técnicas (no podemos prever lo que sucederá en diez o veinte años), se encuentra también que las tasas de interés tanto en operaciones activas (créditos) como pasivas (depósitos) se

---

<sup>242</sup> El Esquema Ponzi o piramidal fue el utilizado en instituciones como CLAE y otras de aquella época, donde los depositantes más recientes de una institución informal abonaban los intereses a los más antiguos.

<sup>243</sup> El dinero, de dónde vino, adónde fue. Ediciones Orbis, 1983

<sup>244</sup> Existen proyectos legislativos en la actualidad que proponen regresar a las tasas máximas para cualquier tipo de operación, dentro o fuera del sistema financiero.

<sup>245</sup> La circular 021-2007-BCRP fue bastante prolija en la diferenciación de tasas de interés dentro y fuera del sistema financiero.

subdividen a su vez en distintos tipos conforme a la actividad económica. Las tasas de interés se han vuelto complejas. Ya no son solo las tasas de crédito o de ahorro tradicionales, sino que tenemos tasas para créditos de consumo, tasas para créditos de vivienda, tasas para capital de trabajo, etc. Igual sucede con las operaciones pasivas o de depósito. Ya no es solo la típica “libreta de ahorro”, sino tenemos también tasas de interés por depósitos a plazo, tasas por la compensación por tiempo de servicio (cts), tasas para las “cuenta-suelo”, etc. Y cada tasa tiene un tratamiento especial, por lo que colocar solo topes o tasas máximas podría obstruir el flujo financiero de estas operaciones, o acudir el depositante a la banca informal como ocurrió en épocas pasadas.<sup>246</sup>

Por eso es preferible que un mecanismo tan sensible como las tasas de interés lo regule un organismo técnico como es el banco central.

\*\*\*\*\*

El capítulo sobre pago de intereses tiene dos ejes importantísimos: los intereses convencionales y la capitalización de los intereses, lo que se conoce como anatocismo.<sup>247</sup> Y las preguntas que giran en torno al primer eje (los intereses convencionales) son: ¿deben estar sujetos libremente a lo que las partes pacten o deben ser regulados supletoriamente por el estado?, ¿de regularlos, debemos aplicar tasas máximas o no?, ¿qué organismo del estado es el más idóneo para regular los intereses? Mientras que en el segundo eje (la capitalización de intereses) tiene como preguntas de toda modificatoria: ¿se debe prohibir el anatocismo?, de permitirlo ¿cómo lo regulamos?, ¿debe existir un anatocismo absoluto o un anatocismo relativo?, y de ser relativo ¿en qué supuestos se debe permitir y bajo qué condiciones? Naturalmente que detrás de esas preguntas está el eterno debate entre la libertad absoluta de las partes o una libertad mediatizada, sujeta a ciertas condiciones. La libertad absoluta estuvo en boga a lo largo del siglo XIX, mientras la segunda se nutrió de la realidad social que vivió el siglo XX. Esas preguntas nos guiaron para realizar nuestra propuesta

---

<sup>246</sup> Una de las lecciones que tiene la economía es que el agente económico cuando no tiene instituciones formales o estas son inadecuadas o demasiado caras, recurre o “inventa” las informales.

<sup>247</sup> Y en el medio están la regulación de los intereses legales y los intereses para las obligaciones no pecuniarias y las contenidas en los títulos valores.



legislativa.

La técnica legislativa concluye con el estilo de redacción. ¿Aplicamos el estilo claro y didáctico que tuvo el Codificador del 84 o aplicamos un estilo más “técnico” como el del Codificador del 36? Personalmente he optado por el primero. Creo que un Código Civil, como la segunda norma en importancia luego de la Constitución Política, debe ser leído y entendido por cualquier ciudadano.

Como señalamos en nuestra propia tesis, esta no busca ser una recopilación de citas de autores, sino un aporte sui géneris del campo del derecho y la economía, en una interacción de ambas disciplinas. Es una propuesta legislativa inspirada más en la realidad económica y social, la cual siempre requiere un tratamiento sensible en su regulación. Y quizás, dentro de su apariencia, las tasas de interés requieren una regulación apropiada y flexible a una realidad muchas veces cambiante y más de una vez inesperada. Como diría Goethe, más frondoso es el árbol de la vida que la gris teoría. En más de una ocasión, algo de eso olvidamos los abogados y juristas.

Quiero cerrar con unas reflexiones del Dr. Roberto Mac Lean que me parece vienen al caso:

*“Quizás si el más grande desafío que enfrentan los juristas de nuestro tiempo en Latinoamérica, es el de la eficiencia social de la ley. Tras más de siglo y medio de vida independiente, los modelos jurídicos que se intentaron construir no han llegado a funcionar satisfactoriamente sino para sectores limitados de la población que constituyen islas privilegiadas dentro del conglomerado social. No se trata de adaptar uno u otro modelo político que proporcione la solución esperada, sino que los modelos legales utilizados para obtener resultados políticos tengan verdadera vigencia social y sean eficientes. No es un problema de ideologías sino de técnicas, no sólo de metas sino de herramientas para construir un orden”.*

**Del prólogo del Dr. Roberto Mac Lean U. al libro *Introducción a la Juseconomía***

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Pago de intereses<sup>248</sup>

#### **Artículo 1242.- Interés moratorio y compensatorio**

##### **[Se mantiene sin modificación]:**

*El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.*

**Breve Fundamentación:** El pago de intereses tiene una mejor sistemática con respecto al Código Civil de 1936, que los ubicaba dentro del contrato de mutuo.<sup>249</sup> Los intereses siempre han sido clasificados atendiendo a su finalidad o a la función que tienen.<sup>250</sup> Y la doctrina considera que los intereses son una prestación accesorio a la obligación principal, que puede ser pecuniaria o no. Precisamente atendiendo a que pueden generarse por obligaciones no pecuniarias, Osterling y Castillo defienden el concepto de intereses compensatorios, debido a que “constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien”.<sup>251</sup> No obstante, la doctrina no es pacífica en el tema, dado que a los intereses compensatorios se les conceptúa también como “intereses retributivos”, “lucrativos”, “remuneratorios”, que para algunos tratadistas explicarían mejor su naturaleza.<sup>252 253</sup> Sin embargo, hemos considerado que el mantener el concepto de intereses compensatorios no afecta el significado que el Codificador le quiso dar, aparte que por una larga tradición jurídica nosotros venimos conceptualizándolos de esa manera.

#### **Artículo 1243º.- Tasa máxima de interés convencional**

##### ***Las tasas de interés compensatorio y moratorio son reguladas por el***

---

<sup>248</sup> Las propuestas modificatorias se encuentran en cursiva y negrita, mientras la redacción original contenida en el CC solo en cursiva. A continuación paso a una breve fundamentación de la razón de ser del cambio contenido en la propuesta legislativa.

<sup>249</sup> Osterling y Castillo: Los intereses compensatorios y moratorios. En: <http://www.castillofreyre.com/>

<sup>250</sup> Aníbal Torres realiza una extensa clasificación en su libro Teoría General de las Obligaciones. Vol I, pp. 574-577

<sup>251</sup> Osterling y Castillo: op.cit.

<sup>252</sup> Villegas y Schujman: Intereses y tasas, pp. 109-110

<sup>253</sup> El Anteproyecto de Reforma del CC ha optado por la conceptualización de intereses retributivos. Ver Anexo 2 de la presente tesis.

***Banco Central de Reserva del Perú en el marco de las funciones que le establece la constitución política y su ley orgánica. Esta regulación comprende tanto para las operaciones dentro o fuera del sistema financiero.***

Cualquier exceso sobre la tasa ***pactada*** da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

#### **Breve Fundamentación:**

Siempre fue una preocupación del legislador establecer tasas máximas para los intereses convencionales. Osterling y Castillo lo han rastreado desde por lo menos la antigua Babilonia.<sup>254</sup> Luego, los padres de la Iglesia proscribieron todo tipo de cobro de intereses, al relacionarlo con la usura.<sup>255</sup> Lo cierto es que las tasas máximas (“topes” o “techos” como se les acostumbra decir en la jerga económica) han sufrido vaivenes. En la actualidad todavía existen en distintos países. Existe una consideración religiosa o moral subyacente de que el estado ponga límites en el cobro de intereses. Se esgrime fundamentalmente el concepto de usura. Frente a estas consideraciones, se encuentran las posiciones que plantean la libertad absoluta de las partes en el acuerdo de los intereses convencionales. Pero, lo cierto es que el estado moderno siempre ha tratado de regular el tema del cobro de intereses. La pregunta es cómo regularlos.

Existen estudios económicos que revelan que la aplicación de las tasas máximas es bastante perjudicial para quien solicita un crédito, sobretodo si proviene del sector informal, dado que al estar reguladas las tasas, estas comienzan a encarecer el crédito.<sup>256</sup>

Las tasas máximas fueron bastante útiles cuando la economía no era tan compleja, ni existían una cantidad impresionante de variadas entidades dentro del sistema financiero.<sup>257</sup> Una época bastante paternalista y con la presencia del estado en distintos niveles que obligaba a poner límites a los precios (entre ellos el precio del dinero). Pero, ¿cómo hacemos ahora?, con

---

<sup>254</sup> Osterling y Castillo: Los intereses compensatorios y moratorios. En: <http://www.castillofreyre.com/>

<sup>255</sup> Cap. IV de nuestra tesis, Breve historia de las tasas de interés.

<sup>256</sup> ASBANC: Estudio de los topes a las tasas de interés. En: <http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/>

<sup>257</sup> Tenemos no solamente bancos, también financieras, cooperativas de ahorro y crédito, cajas rurales, banca de segundo piso, etc.

economías globales, accesos a créditos en otros países, entidades formales e informales que ofrecen créditos, variedad de demandantes de servicios financieros, movilidad de estos mucho mayor que antaño, cambios externos que afectan la economía nacional.

Todo ello nos hace pensar que mejor que seguir aplicando tasas máximas, es dejar que una entidad técnica especializada del propio estado se encargue de regular las tasas de interés. Esa entidad es el Banco Central de Reserva. Tiene personal técnico calificado, estudios permanentes del entorno económico-financiero nacional y global. Y está dentro de sus competencias la regulación de las tasas de interés. Como lo desarrollo en el acápite sobre el interés legal, el legislador gradualmente ha ido delegando funciones en el BCR para la regulación de las tasas de interés. Dejemos que sea ese organismo quien se encargue de tan delicado asunto.

Consiguientemente, vuelve a regir el espíritu del Codificador del 84 pero con cambios adecuados a la realidad social y económica. Por las razones expuestas en nuestra Exposición de Motivos, es mejor que un organismo técnico como el BCR regule las tasas de interés. Al no existir ya alusión a tasas máximas cambiamos el tenor del párrafo final de “tasa máxima” por “tasa pactada”, al ser intereses convencionales.

#### **Artículo 1244º.- Tasa de interés legal**

**[Se mantiene sin modificación]:**

*La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.*

#### **Artículo 1245º.- Prevalencia del interés legal:**

***Cuando no exista pacto de intereses y deba pagarse estos, el deudor abonará el interés legal.***

**Breve Fundamentación:** Creo que con la nueva redacción está más claro lo que el Codificador quiso decir. Recordemos que en el pago de intereses, se prefiere primero el acuerdo entre las partes (libertad de contratación), con ciertas salvedades (tasas máximas o regulación por el BCR) y luego, de manera residual, los intereses legales, siempre y cuando no exista pacto entre las partes sobre el pago de intereses.

#### **Artículo 1246º.- Pago de interés por mora:**

***Si no se ha convenido el interés moratorio, sin perjuicio de los intereses compensatorios pactados, el deudor pagará los intereses***

***legales en calidad de mora.***

**Breve Fundamentación:** La redacción original del artículo 1246º daba a entender que en caso de mora del deudor, solo abonaba los intereses compensatorios, los cuales devenían en moratorios; ello a pesar que el deudor no había honrado la obligación. Nosotros abogamos –como parte de la doctrina- en que en esos supuestos los intereses compensatorios deben seguir devengándose como tales, dado que el deudor todavía no ha efectuado el pago; y de no haberse pactado intereses moratorios, se abonarán en calidad de estos los intereses legales.

**Artículo 1247º.- Interés en obligaciones no pecuniarias**

**[Se mantiene sin modificación]:**

*En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.*

**Artículo 1248º.- Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores**

**[Se mantiene sin modificación]:**

*Cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso se determina el valor de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza al día siguiente al de su vencimiento.*

**Artículo 1249º.- Limitación de intereses:**

No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de ***cuentas comerciales, financieras u otras similares.***

***Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1250º.***

**Breve Fundamentación:** Sobre la nomenclatura de las cuentas nos parece más apropiada la denominación de comerciales a las mercantiles y financieras a las bancarias (considerando que los bancos no son las únicas instituciones financieras, existe una variedad bastante amplia). Sobre la excepción del 1250º lo sustentamos en el siguiente fundamento.

**Artículo 1250º.- Validez de convenio de capitalización de intereses:**

*Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.*

***También es válida la capitalización de intereses en las obligaciones de suma líquida, sea en sede judicial o en procesos arbitrales. La acumulación de intereses al capital será desde la fecha de notificación de la demanda al deudor o de la solicitud arbitral de ser el caso, y siempre que el atraso de los intereses sea de por lo menos un año y exista sentencia o laudo arbitral firme. No será de aplicación si existe pacto previo de intereses compensatorios, moratorios, cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.***

#### **Breve Fundamentación:**

María Medina Alcoz<sup>258</sup> realiza un recuento bastante extenso de la aplicación del anatocismo en Europa. Cito textualmente a la autora:

*“Los intereses anatocísticos –en mayor medida, incluso, de lo sucedido con los intereses simples– han sido objeto, en general, de un juicio negativo o, al menos, han sido contemplados con recelo. Si pronto se aceptó que el incumplimiento de la obligación pecuniaria debía generar intereses moratorios para indemnizar al acreedor; no sucedió lo mismo cuando la incumplida era la obligación accesoria de pagar intereses. El anatocismo de origen legal ha sido exiguo en las legislaciones y los pactos anatocísticos han sido prohibidos o limitados por el legislador, por entender que eran una vía con la que sustraerse a la prohibición de los intereses usurarios o bien por comportar un incremento considerable de la deuda, que podía acarrear la ruina del deudor-prestatario.*

*“En el Derecho romano arcaico y preclásico se permitieron los pactos anatocísticos. En el clásico, en cambio, quedaron restringidos al denominado anatocismus anniversarius, que vedaba su pacto anticipado, de suerte que solo transcurrido un año desde su vencimiento, se podía estipular que los intereses simples generaran intereses. Pero fue prohibido al final de la República. El emperador Justiniano acabó definitivamente con la figura, al quedar proscrito tanto el anatocismus coniunctus (intereses de los intereses devengados añadidos al capital), como del separatus (intereses prestados de nuevo al deudor que generaban, a su vez, intereses): ut nullo modo usuræ usurarum a debitoribus exigantur. El Derecho canónico tampoco lo permitió, pues, por razones asociadas a la pobreza (paupertas) de una economía fundamentalmente agraria y a la caridad cristiana,*

---

<sup>258</sup> Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference En: [www.indret.com](http://www.indret.com)

*condenaba, en general, el cobro de intereses (peccatum usuræ).*

*“Este disfavor hacia el anatocismo se mantuvo hasta el siglo XIX y, a la prohibición canónica del cobro de intereses, hay que añadir el principio ideológico francés tendente a propiciar la tutela del deudor: el favor debitoris (disfavor creditoris).”<sup>259</sup>*

En la actualidad la situación ha cambiado y tenemos una variedad de capitalizaciones de intereses. Un anatocismo convencional (CC alemán, suizo, italiano y griego), un anatocismo legal y convencional por intereses vencidos (CC griego), un anatocismo legal automático en el CC Holandés:

*“En cambio, últimamente, el Código Civil holandés lo regula en su artículo 119.2 del Libro 6 (1992) de manera muy permisiva, al determinar que, al finalizar cada año, los intereses vencidos y no pagados se acumulan al capital para generar nuevos intereses (anatocismo legal automático, sin necesidad de requerimiento judicial ni extrajudicial”.<sup>260</sup>*

### **Nuestra propuesta modificatoria:**

Consideramos y, vistos los antecedentes mencionados, que hemos sido bastante cautos en el supuesto de anatocismo en vía judicial o arbitral (continuamos en la tendencia del anatocismo relativo contemplado en nuestra legislación, es decir solo bajo ciertos supuestos y condiciones, tendencia que se replica en códigos civiles modernos bajo distintas modalidades), a fin de evitar el abuso contra el deudor, debiendo reunir una serie de requisitos como:

- a) Cuantificación de la obligación en dinero, dado que se trata de intereses que nacen de una suma líquida determinada.
- b) Temporalidad: Se continúa con la tendencia del año de vencimiento de los intereses.<sup>261</sup>
- c) Requisitos en sede judicial o arbitral: Exista sentencia judicial o laudo arbitral firme.
- d) Periodo de acumulación de intereses: Desde el momento de la

---

<sup>259</sup> María Medina Alcos, op. cit.

<sup>260</sup> María Medina Alcos, op. cit.

<sup>261</sup> No solo por ser una tendencia que viene de la antigua Roma (el *anatocismus anniversarius*), sino también porque un año es el mínimo de perspectiva para una obligación a largo plazo, tendencia en la cual puede circunscribirse el anatocismo. Nota del tesista.

interposición de la demanda o la solicitud arbitral.

e) Improcedencia del anatocismo judicial o arbitral: Si existe pacto previo de cláusula penal, sistema de reajuste de deudas o cualquier convenio resarcitorio de naturaleza similar entre acreedor y deudor.

Hemos agregado estas causales de improcedencia en vista que, por un lado, el acreedor tiene de por medio convenios resarcitorios de la obligación principal y, por otra parte, de existir tales convenios, si le agregamos el anatocismo, la obligación sería demasiado onerosa para el deudor, que tendría que sumar a los intereses capitalizados, sean convencionales o legales, dichos convenios que ya están resarciendo la obligación principal a favor del acreedor.

## **MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 1324º.- INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO**

*En caso no haya pacto de intereses, las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad que el acreedor pruebe daño alguno.*

*Si hay pacto de intereses o se deben intereses mayores, los mismos continuarán devengándose conforme al pacto establecido.*

*Si se hubiese estipulado la indemnización por daño ulterior, corresponde al acreedor la prueba de dicho daño y el respectivo resarcimiento.*

**Breve Fundamentación:** En la modificatoria hemos querido ser un poco más precisos en el *espíritu de la norma*, dado que el artículo 1324º tiene tres párrafos que comprenden a su vez tres supuestos en las obligaciones de dar suma de dinero. El primero, cuando no hay pacto de intereses; naturalmente son los intereses legales los devengados. El segundo, cuando hay pacto de intereses. En ese caso se respetará el pacto y conforme a lo dispuesto en el artículo 1243º reformado. El tercer supuesto es más bien la indemnización por el daño ulterior causado. En ese caso



corresponde probar el daño y justificar el debido resarcimiento a quien lo sufrió.

## **MODIFICATORIA DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 9º DE LA VIGENTE LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO, LEY 26702**

***Las tasas de interés que las empresas del sistema financiero pueden fijar para sus operaciones activas y pasivas y servicios, serán conforme al artículo 1243º del Código Civil. Las comisiones y gastos son regulados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.***

**Breve Fundamentación:** La propuesta modificatoria unifica nuevamente en el Código Civil la regulación tanto de obligaciones civiles como comerciales y financieras, adecuándolo con la potestad regulatoria que, conforme a la constitución política y a su ley orgánica, tiene el Banco Central de Reserva; y en comisiones y gastos la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Como expreso en mi tesis, es mejor dejar en el Banco Central de Reserva la regulación de los intereses dentro o fuera del sistema financiero, considerando que el pago de intereses es una variable muy sensible de las obligaciones económicas. Al ser el BCR un organismo eminentemente técnico, estudiando las condiciones económicas del país como las internacionales, puede determinar adecuadamente las medidas necesarias.

También tengamos presente que se han vuelto complejas las operaciones financieras activas como pasivas, existiendo una variedad de tasas ofrecidas en el mercado (créditos de consumo, créditos hipotecarios, créditos para microempresas, etc.), por lo que aplicar únicamente tasas máximas (“topes”) no ayuda mucho a la fluidez del crédito conforme a estudios que se han realizado en distintos países; pero irnos al otro extremo, dejando al arbitrio del sistema financiero (ofertante) las tasas a cobrar, tampoco es una medida recomendable. Por ello, lo ideal es que sea un organismo técnico como el Banco Central el encargado de la regulación, sin irnos a un extremo o al otro.

**ANEXO 2**

**ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL**

**ELABORADO POR EL GRUPO DE TRABAJO**

**CONSTITUIDO POR RM N° 0300-2016**

**EN LO REFERENTE AL CAPÍTULO SEGUNDO: PAGO**

**DE INTERESES**

## ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ELABORADO POR EL GRUPO DE TRABAJO CONSTITUIDO POR RM N° 0300-2016 EN LO REFERENTE AL CAPÍTULO SEGUNDO: PAGO DE INTERESES

FUENTE: [www.laley.pe](http://www.laley.pe)

Recuperado el 28.7.18

Anteproyecto elaborado por el Grupo de Trabajo de revisión y mejoras del Código Civil constituido por RM N° 0300-2016-Jus y modificatorias.

### **Interés compensatorio y moratorio**

**Artículo 1242°.-** El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

### **Artículo 1242°.- Interés compensatorio y moratorio**

El interés es compensatorio cuando constituye la retribución por el uso del dinero o de cualquier otro capital. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

**Exposición de motivos.-** La disposición normativa contenida en el artículo 1242° regula el concepto tanto de “interés compensatorio”, como de “interés moratorio”.

Sin embargo, el concepto de interés compensatorio es impreciso ya que hace referencia a la “contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien”, premisa bajo la cual, por ejemplo, la renta en un arrendamiento ingresaría dentro de la noción de interés compensatorio.

Por ello, se ha adecuado la redacción del artículo a fin de que se refleje la verdadera naturaleza de este tipo de interés, como un “interés retributivo”. Dicha adecuación se realiza dentro del convencimiento del carácter orientador y normativo de la legislación civil, sobre lo que en la actualidad dispone el Banco Central de Reserva a partir de sus Circulares, en específico, la Circular N° 021-2007-BCRP.

### **Pago del interés por mora**

**Artículo 1246°.-** Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

### **Artículo 1246°.- Interés moratorio en obligación no pecuniaria**

En la obligación no pecuniaria, si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

**Exposición de motivos.-** El artículo 1246° regula el tratamiento de los intereses moratorios, pero sin hacer alusión al tipo de obligación al cual se refiere. En la actualidad, dada la regulación del artículo 1324° que se refiere a obligaciones de dar suma de dinero (obligaciones pecuniarias), debe entenderse que esa es la norma especial para dicho tipo de obligaciones, siendo que el artículo 1246° no resulta de aplicación a las mismas.

Sin embargo, en la práctica existe confusión en cuanto al ámbito de acción del artículo 1246°, apreciando que, inclusive, se le aplica a obligaciones pecuniarias. Por ello, la Propuesta establece aclarar el contenido de la disposición normativa, a fin de que no quede duda respecto a que se aplican para obligaciones no pecuniarias.

**Intereses en obligaciones no pecuniarias**

**Artículo 1247°.-** En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

**Artículo 1247°.- Interés compensatorio en obligación no pecuniaria**

En la obligación no pecuniaria, el interés compensatorio se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

**Exposición de motivos.-** En la misma línea que lo indicado para el artículo 1246°, en el artículo 1247° se realiza la precisión de establecer que su aplicación se restringe para el tratamiento de los intereses compensatorios en las obligaciones no pecuniarias, siendo que los interés moratorios para dicho tipo de obligaciones se encuentra ya regulado en el artículo 1246°.

**Limitación al anatocismo**

**Artículo 1249°.-** No se puede pactar la

capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

**Artículo 1249°.- Anatocismo**

Se puede pactar la capitalización de intereses al

momento de contraerse la obligación, independientemente de que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

**Exposición de motivos.-** En la actualidad existe un tratamiento diferenciado respecto del pacto de capitalización de intereses en función a si la operación crediticia se realiza dentro o fuera del sistema financiero, de modo que fuera del sistema financiero no es posible la incorporación de este tipo de acuerdos.

El Grupo ha considerado conveniente eliminar dicho tratamiento diferenciado; por lo que, propone una permisión general del pacto de capitalización de intereses, ello en la medida que, de este modo, los contratantes podrán establecer una regulación de intereses que garantice el verdadero costo de oportunidad del dinero en el tiempo, lo cual no depende de si la operación crediticia se realiza dentro o fuera del sistema financiero.

**Validez del convenio de capitalización de intereses****DEROGADO**

**Artículo 1250°.-** Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

**Exposición de motivos.-** Dada la permisión general del pacto de capitalización de intereses prevista en el artículo 1249°, ha perdido justificativo lo establecido en el artículo 1250°; por lo que, se ha considerado derogar dicha disposición normativa.

**ANEXO 3**  
**PUBLICACIÓN:**  
***LOS INTERESES COMPENSATORIOS EN EL SISTEMA  
FINANCIERO: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***<sup>262</sup>

**PUBLICADO EN:**

[http://ius-aequitas.blogspot.com/2007\\_02\\_01\\_archive.html](http://ius-aequitas.blogspot.com/2007_02_01_archive.html)  
<http://elobservador.perublog.net/>

**IUS AEQUITAS**

***martes, febrero 06, 2007***

---

<sup>262</sup> EL SIGUIENTE TEXTO ES UN ENSAYO DEL SUSCRITO, CON LIGERAS MODIFICACIONES, PUBLICADO ANTERIORMENTE EN LAS PÁGINAS WEBS: [HTTP://ELOBSERVADOR.PERUBLOG.NET/](http://elobservador.perublog.net/) Y [HTTP://IUS-AEQUITAS.BLOGSPOT.COM](http://ius-aequitas.blogspot.com)

## LOS INTERESES COMPENSATORIOS EN EL SISTEMA FINANCIERO: A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por: **EDUARDO JIMÉNEZ J.\***

*“La Economía fijará y jerarquizará los fines y señalará los medios económicos mediante los cuales pueden alcanzarse aquellos. Pero el Derecho, traduciendo todo ello en normas jurídicas, se encargará de disciplinar el proceso”.*

**Moore, Daniel: Derecho Económico**

### I. INTRODUCCIÓN

Por lo general al asomarnos al mundo del Derecho lo hacemos olvidando que debe regular adecuadamente una realidad determinada, buscando interpretarla, mediante una norma, de la mejor manera posible. Sin embargo, en la mayoría de las investigaciones jurídicas o del quehacer legislativo lo olvidamos y nos sumergimos en ese mundo hurgando farragosamente jurisprudencias, doctrina, legislación comparada, para encontrar la respuesta legal a un problema específico, que si indagásemos mejor en la realidad, encontraríamos una solución más apropiada a sus requerimientos.

Con ello no queremos despreciar de ningún modo la rica tradición jurídica existente, sino queremos resaltar un hecho que es evidente: nuestra formación académica no nos permite salir de ciertos parámetros y no reparamos que el Derecho descansa en más de una ocasión en una base económica, lo que sucede, por ejemplo, en campos aparentemente sin una

relación económica específica como el derecho de sucesiones, o esa disciplina que parece tan abstracta y árida, pero emocionante para quien le encuentra el sentido real, como es el derecho de las obligaciones. Cualquiera de ellos regula relaciones patrimoniales que tienen una base económica, que no es la misma ahora, así como no lo fue hace quinientos años, ni lo será en el futuro, debiendo el Derecho adaptarse constantemente a la realidad si no quiere quedar desfasado.

Ello viene a colación en razón de una sentencia exhortativa del Tribunal Constitucional (TC) que recomienda ciertas regulaciones de las tasas de interés en el sistema financiero.

La sentencia expedida por el TC fue a raíz de un proceso de amparo (Exp. N° 1238-2004-AA/TC), en el cual se declaró fundada una acción interpuesta por un oficial militar que fue dado de baja por *“no haber honrado sus deudas contraídas con personal militar, civil y entidades particulares, lo que motivó su pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria”* (Fundamento 1 de la sentencia).

Más allá de la obligación legal y moral de cumplir con nuestras obligaciones, evidentemente nadie puede ser separado de su institución o de su centro de trabajo por no pagar sus deudas. Siendo también un contrasentido, toda vez que al privársele de su fuente de trabajo le será imposible honrar sus obligaciones, por lo que la sanción disciplinaria contenía una colisión con los derechos protegidos a nivel constitucional, uno de ellos el derecho al trabajo:

*“...si bien el artículo 168 de la Constitución Política del Perú prevé que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por “las leyes y reglamentos respectivos”; **debe enfatizarse que dichas disposiciones legales que implican una regulación particular para las instituciones castrenses, no pueden, al igual que cualquier norma jurídica, desligarse de la norma suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento***

*jurídico*”. (Fundamento 4. –Todos los resaltados en negrita son del autor-).

Aparte que toda sanción disciplinaria debe tener un grado de proporcionalidad y razonabilidad en relación al hecho cometido (“*la sanción disciplinaria que le corresponda **debe sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no significar en la práctica un desmedido y excesivo castigo***”. Fundamento 6).

Aunque los fundamentos decisorios de la sentencia del TC pudieron haber concluido allí, en un caso visiblemente injusto de separación de una institución castrense, más si se trataba que el afectado pague obligaciones con intereses de naturaleza usuraria (“...pero, además, otra cuestión que merece atención **es el rehusamiento del demandante a la pretensión de la institución militar de hacerle cumplir con el pago de préstamos dinerarios con pacto de intereses usurarios, acuerdo ilegal por el cual sus acreedores fueron condenados por la justicia penal**”. Fundamento 9), en uso de sus atribuciones va un poco más allá y a partir de un caso particular elabora una reflexión bastante interesante sobre los intereses cobrados en el sistema financiero.

Es así que el TC ampliando los fundamentos del caso particular comienza a elucubrar una reflexión crítica, que versa primero sobre el precio del dinero expresado en el interés (algo legítimo como contraprestación por el dinero otorgado en mutuo) y a continuación describe a la usura como “un interés odioso, desproporcionado”:

*“...en el marco de las sociedades capitalistas, el interés constituye una justa retribución para quien presta su dinero a otro<sup>i</sup>, sin embargo, **la usura forma parte de las expresiones de rechazo hacia el aprovechamiento económico de quien tiene fondos a costa de quien carece de ellos. En el sentido más generalizado, la usura es sinónimo de alto interés, de interés odioso, desproporcionado, excesivo, en el precio de los préstamos de dinero que el prestamista cobra, exige o se hace dar o prometer por su dinero**”.* (Fundamento 10)



Efectivamente, la usura<sup>ii</sup> se produce por una asimetría entre el que presta y el que solicita el dinero. Ante esa situación de carencia, de necesidad o de inexperiencia, el solicitante está en manos del prestamista, por lo que éste último fija la tasa de interés por el préstamo otorgado. Es lo que se denomina *poder fáctico* y que el TC lo desarrolla en otro fundamento:

*“Los instrumentos legales citados [se refiere a las normas legales que sobre los intereses y la usura cita en el fundamento 11 de la sentencia] afianzan la labor estatal de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios **producto de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las personas naturales o entidades jurídicas, especialmente del sistema financiero...**”.* (Fundamento 12)

Lo interesante de los fundamentos de la sentencia, y que es una ampliación radical de las reflexiones hasta aquí comentadas, es que esas consideraciones sobre los intereses usurarios, los poderes fácticos y las relaciones asimétricas entre prestamista y prestatario, el TC las hace extensiva a las relaciones que se presentan dentro del sistema financiero entre usuarios y bancos:

*“Ello quiere decir que **en el tratamiento de las operaciones de crédito, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor o usuario, lo que es acorde con el artículo 65 de la Constitución Política del Perú**”.* (Extremo final del fundamento 12).

El indubia pro consumidor en el sistema financiero opera por las razones ya expuestas líneas arriba (la asimetría en las relaciones entre banca y usuario final, debido al poder fáctico que tiene la banca), por lo que al estar en desventaja el segundo de ellos, el Estado debe asumir un equilibrio en esa relación a través de los instrumentos legales que el propio estado, en uso de su *ius imperium*, determine.<sup>iii</sup>

En otro fundamento, el TC establece una serie de recomendaciones a

fin de fortalecer la posición del usuario en su contratación con el sistema financiero, que se pueden resumir en los siguientes aspectos:

- g) Prohibición de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión;
- h) Reducción de las relaciones asimétricas entre banco y usuario;
- i) Tasas de interés acordes con el servicio prestado y propender a la negociación de las tasas entre las partes;
- j) Limitación en la aplicación de tasas de interés y penalidades en el uso de tarjetas de crédito;
- k) Limitación de las tasas de interés de acuerdo a la situación económica estable del país;
- l) Eliminación de tasas leoninas.

(Fundamento 13 de la sentencia).<sup>iv</sup>

Finalizando con una exhortación a que el Estado tenga un papel más activo en la regulación del sistema financiero y se revise la normatividad vigente, por ser de extrema importancia para la actividad económica la entrega de créditos bajo un marco regulatorio que no permita asimetrías en la relación usuario-banco:

*“En suma considerando que la política crediticia es un importante instrumento de conducción económica, **el Estado debe ejercer su papel de regulación y vigilancia del sistema bancario, de modo que se torna imperativo que se revise la normatividad atinente a la creación y constitución de los bancos y sus actividades, y se replanteen las funciones que le conciernen al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros**”.* (Fundamento 15).

## II. LOS TIPOS DE INTERÉS EN EL CÓDIGO CIVIL<sup>v</sup>

De acuerdo al Capítulo dedicado al Pago de Intereses en nuestro vigente Código Civil, tenemos tres tipos de intereses: el interés compensatorio, el moratorio y el legal.

## 1. EL INTERÉS COMPENSATORIO:

Figura que se encontraba dispersa en forma inorgánica en el Código del 36, en el Código vigente se encuentra debidamente sistematizada, al igual que los otros dos tipos de interés, el moratorio y el legal (Libro VI: Las Obligaciones; Sección Segunda: Efectos de las obligaciones; Título II: Pago; Capítulo II: Pago de intereses). Se lo define como “la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien” (art. 1242º del CC, primera parte).

En otras palabras, es el precio del dinero (o de un bien) por su uso (así lo entendía el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981), debiendo ser devuelto en un tiempo determinado y a una tasa determinada. Denominado también interés convencional, porque surge del convenio entre las partes, con una tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva (art. 1243º). En consecuencia, el interés compensatorio no sería válido si sobrepasa la tasa máxima permitida (prohibición legal), o si es excluida la voluntad de las partes, produciendo la nulidad del acto jurídico.<sup>vi</sup>

En nuestra legislación, históricamente tendríamos que remontarnos al Código de 1836 para buscar la figura de los intereses convencionales, con una tasa máxima fijada por ley (art. 1265º); posteriormente, en el Código de 1852 (art. 1819º) se declaró sin limitación el pacto de intereses.

Volviendo al concepto de interés compensatorio, es aquel que *“tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien ajeno una retribución adecuada por su uso”*.<sup>vii</sup> Como su propio nombre lo indica, es la compensación por el uso del dinero, producto de la convención entre las partes, a fin que el patrimonio prestado sea restituido en su integridad en términos reales y no se vea mermado por la inflación y la devaluación monetaria. Como sostiene el profesor Cabanellas, el interés compensatorio es producto de *“la indemnización del daño emergente y del lucro cesante por*

*una cantidad o cosa prestada; esto es, tanto por razón de las pérdidas que el acreedor sufre en sus bienes como por las ganancias de que ha de verse privado al carecer de su dinero o de otros bienes”.*<sup>viii</sup>

Es necesario puntualizar que una cosa son los intereses compensatorios, con los que, precisamente, se compensa el dinero dado en mutuo, y otra muy diferente, los intereses usureros, que buscan lucrar a expensas de la necesidad del deudor. Como expresaba Adam Smith en su libro *La riqueza de las naciones*, el interés compensatorio (o mercantil, como así lo llamaba en su tratado) es *“aquella cuota que pagan comunmente los comerciantes de crédito por las cantidades prestadas e impuestas”*.<sup>ix</sup> **Caso diferente es la usura “prohibida como ilícita por todos los derechos, que es dar algo más de la suerte principal por razón del simple mutuo”.**<sup>x</sup>

## 2. EL INTERÉS MORATORIO:

Según nuestro ordenamiento jurídico, el interés moratorio es aquel que *“tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”* (final del art. 1242º del CC).

Para buscar un antecedente legislativo nacional, tendríamos que remontarnos de nuevo al Código de 1836, donde encontramos la figura del pago de “costas y daños” (art. 1269º) en caso se hubiera pactado alguna pena convencional, aunque más cercano se encontraba a la indemnización por daños y perjuicios que al interés propiamente moratorio. Luego, en el Código de 1852, el deudor moroso solo estaba obligado por dicho concepto al pago del interés legal en caso de no haberse pactado intereses convencionales, que comenzaban a correr desde que era demandado hasta que se verifique el pago (art. 1820º). En el Código Civil de 1936, en caso de una demora en el pago, se reparaba aplicando los intereses estipulados o en su defecto el interés legal, a no ser que existiese pacto en contrario sobre daños y perjuicios (art. 1324º).

Es con el Código de 1984 que la figura de los intereses moratorios es aclarada, en vista que las confusiones en la aplicación de la mora llevaba a malos entendidos; por tanto, los intereses moratorios funcionan en aplicación del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto deudor.<sup>xi</sup>

Esta especie de indemnización se debe a que el retraso en el pago origina un daño al acreedor, al no recibir en devolución el mutuo prestado de acuerdo a la forma y plazo convenido, por lo que es equitativo que se le indemnice, o como diría el maestro Guillermo Cabanellas, el interés moratorio es *“el exigido o impuesto como pena de la morosidad o tardanza del deudor en la satisfacción de la deuda”*.<sup>xii</sup>

Y, para evitar cualquier exceso, el BCRP fija una tasa máxima para el interés moratorio (art. 1243 CC), a efectos de que la pena por la morosidad o tardanza en satisfacer la obligación exigida no se convierta en un abuso por parte del acreedor.

### **3. EL INTERÉS LEGAL:**

Como hemos visto, en la historia de las tasas de interés el Estado siempre ha intervenido tratando que no exista ningún exceso en el precio del dinero y se respete el principio de equidad entre las partes. Nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, no ha sido ajeno a esta tendencia, tanto el fugaz Código de 1836, como los Códigos de 1852 y 1936 han contenido siempre un dispositivo que norme el interés legal. El Código de 1984 ya no define qué es interés legal (sería una redundancia), se limita en el art. 1244<sup>o</sup> a señalar que la tasa del interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Por otra parte, fue prudente la flexibilidad que el Codificador del 84 dejó para fijar la tasa máxima, labor encargada al instituto emisor, lo que no sucedía con el Código de 1936, que originalmente fijaba un rígido 5% (art. 1325<sup>o</sup>), valedero en épocas de estabilidad económica, pero no en épocas de

alta inflación, razón por la cual fue modificado en 1982, delegando en el BCRP la fijación de la tasa máxima, cuando era ya francamente insostenible seguir con una tasa rígida luego del serio deterioro económico de nuestro país y el marcado ascenso de la tasa inflacionaria desde mediados de la década de los años 70.

Sobre los topes máximos de intereses compensatorios y moratorios establecidos por el Código Civil de 1984 y que tanta polémica causó en su momento entre neoliberales (a favor de derogar cualquier tope) y los controlistas (siempre dispuestos a reglamentar todo), el Codificador creyó conveniente delegar la tarea de los topes en el BCRP, como órgano técnico, y que cualquier exceso en la tasa máxima sea devuelto o imputado al capital (art. 1243<sup>o</sup>), dispositivo desconocido en el Código de 1936; todo ello como una medida para proteger al sujeto deudor, considerado la parte más débil en la celebración de un mutuo en dinero, donde sus posibilidades de negociación son escasas, por necesitar del dinero solicitado, frente a un sujeto acreedor que se encuentra en mejor posición de imponer condiciones al deudor, permitiendo de esta manera prever los casos que puedan presentarse sobre agio y usura. Los orígenes de éste dispositivo los podemos encontrar en el Código Ecuatoriano (arts. 2136<sup>o</sup> y 2138<sup>o</sup>), como en la Ley Francesa de 1807<sup>xiii</sup>, que modificaba el Código Napoleón en cuanto a la liberalidad de las partes para pactar los intereses. El problema va a radicar -como siempre- en encontrar ese delicado punto intermedio para que ni acreedor ni deudor saquen ventaja uno del otro.

### **III. LOS INTERESES COMPENSATORIOS EN EL SISTEMA FINANCIERO**

Al ser el interés el precio del dinero, se considera que entran en juego tres factores a fin de aplicar la tasa respectiva: capital (dinero), tiempo (horizonte temporal), y el riesgo, si éste es mayor, la tasa a aplicar también lo será en igual proporción, e inversamente, de existir un riesgo menor.

La tasa, entonces, vendría a ser el porcentaje de un tipo de interés específico aplicable a una operación financiera, sea una operación pasiva

(por depósitos o ahorros), o una operación activa (colocaciones o crédito).

A estos factores que son de carácter interno, se deben agregar los factores externos que influirán en fijar la tasa de interés y se refieren a la situación macroeconómica del país que se refleja en la inflación y subsiguiente devaluación de la moneda. A mayor inflación mayor devaluación de la moneda y por ende mayor tasa de interés; e inversamente, a menor inflación, menor devaluación y menor tasa de interés. De allí que en períodos de alta inflación se prefiera pactar en una moneda considerada “dura” o “fuerte” (el dólar o el euro), o indexar la obligación, mientras que cuando la inflación es baja y los índices económicos son estables (que es la situación que estamos viviendo en estos momentos) se prefiera la moneda nacional.

Por eso las críticas del TC a las altas tasas cobradas actualmente por la banca, así como a la imposición de cláusulas leoninas en los contratos por adhesión que celebran con sus clientes. Evidentemente que en épocas de baja inflación, tipo de cambio estable y devaluación reptante, el cobrar altas tasas por los créditos otorgados (e inversamente bajas tasas por los depósitos) no se condice con la realidad económica. Altas tasas de interés son plenamente justificables en períodos de inestabilidad económica y política (los años 80 por ejemplo), pero en períodos estables como el presente definitivamente no se justifican.

Ahora bien, ¿es posible controlar las tasas de interés en el sistema financiero?

Según Vicente Arellano,<sup>xiv</sup> existen tres opciones en relación a las tasas de interés:

- 1) Liberalizar tasas, a fin de aumentar la tasa nominal para compensar las expectativas inflacionarias;
- 2) Mantener el control de las tasas; y
- 3) Establecer tasas flotantes de acuerdo a la inflación.

La primera opción, liberalización de tasas, fue la que se llevó a cabo en el Perú, y en general en toda América Latina, durante las reformas neoliberales de los años 90. Lo malo fue que la liberalización se hizo en forma indiscriminada, creyendo que el mercado por sí sólo corregiría los desajustes existentes, y no en forma gradual (como recomendaban, incluso, muchos tecnócratas neoliberales no tan ortodoxos), a fin de llegar a un grado de competencia óptimo, dentro de una concepción de economía social de mercado, debiendo sopesar el costo social con el concurso de los diferentes actores económicos; teniendo siempre presente que dentro de un Estado de Derecho, una reforma económica supone establecer previamente un consenso social.

La segunda opción, el control absoluto de las tasas, tuvo resultados poco satisfactorios en nuestro país, siendo una de las causas, en la década de los años 80, del descenso en picada del ahorro en el sistema financiero y la aparición de la informalidad en la banca o la llamada *banca paralela* (el caso más clamoroso fue CLAE, que terminó con los pocos ahorros de un grueso sector de la clase media). El control absoluto demuestra ser ineficaz, sobretodo en épocas de alta inflación y depreciación vertiginosa de la moneda local.

La tercera opción, tasas flotantes de acuerdo a un índice -que puede ser, por ejemplo, el índice de precios al consumidor-, si bien no es una liberalización propiamente, significa convivir con la inflación y reajustar el capital (indexación). El problema con éste sistema de tasas flotantes es que puede avivar la hoguera de la inflación, cuando lo que se busca es más bien extinguirlo. El otro problema se encuentra en que los créditos serían muy caros y existiría la incertidumbre de cuánto se va a pagar al final; y, por otra parte, un sector de la población se acostumbraría a vivir de los intereses, creando una clase social rentista y no productiva.

A la luz de la experiencia de los años 80, los controles absolutos demostraron ser ineficientes. Al final resultaron una literal coladera y



perdieron todo sentido, sobretodo cuando atravesamos la hiperinflación de 1988-90. Pero, tampoco debemos irnos al otro extremo de dejar al usuario a merced de la banca (en la actualidad el BCRP no regula las tasas de interés que cobra la banca al usuario final). Lo ideal hubiera sido ir hacia un delicado punto intermedio, aperturando el mercado financiero gradualmente, y no de la manera brutal como se hizo a inicios de los noventa, con cierres de bancos, mutuales, cooperativas, y el correlativo pánico financiero generado, acompañado de la pérdida del patrimonio del pequeño ahorrista; y una subsecuente concentración oligopólica de instituciones financieras, donde el Estado sólo se ha dedicado a rescatar bancos que literalmente se encuentran en quiebra.

Es esa concentración financiera oligopólica, generada en los años noventa, a la que hace mención el TC como un poder fáctico, es decir un poder de hecho que pone las reglas de juego.

Lo que conlleva a su vez a una revisión del sistema financiero y de la actual ley que lo regula, a fin de tender a un sistema más abierto y democrático, donde el pequeño empresario tenga acceso al crédito, pero sin la intervención del Estado como ocurrió en el pasado, mediante decretos que absorbían o fusionaban instituciones financieras en falencia, sino mediante mecanismos más sutiles como el encaje preferencial, facilidades tributarias, tasas especiales de redescuento y con una apertura cada vez mayor a fin que el ciudadano no sienta extraño hacer una transacción por medio de un banco y, por supuesto, sin imponer impuestos confiscatorios que mas bien lo ahuyentan de la formalización. Todo ello, sin dejar de tomar en cuenta que por la apertura económica internacional, ahora somos cada vez más sensibles a los vaivenes externos que se puedan presentar.

Personalmente, creo que el Banco Central de Reserva debe volver a poner un “techo” a las tasas máximas para operaciones activas y pasivas de la banca con los usuarios finales, conforme al art. 1243º del CC, tal como era antes del cambio producido con la ley vigente del sistema financiero.<sup>xv</sup> Poner un “techo” tampoco quiere decir que tengamos tasas negativas como

en el pasado, pero sí nivelar un poco mejor esa asimetría entre banca y usuario final a que alude la sentencia del TC.

Por otro lado, la SBS debe regular con mayor celo las condiciones que las instituciones del sistema financiero establecen en las cláusulas de los contratos por adhesión celebrados entre las instituciones financieras y sus clientes. Creo que sería muy difícil negociar caso por caso las cláusulas de un contrato, como lo quiere el TC, pero sí se puede supervisar detalladamente cuáles son las condiciones generales de contratación de las entidades financieras, donde se incluya no sólo la tasa de interés, sino las cláusulas referentes a penalidades y gastos administrativos, ya que estos conceptos muchas veces no se condicen con lo efectivamente cobrado.<sup>xvi</sup> Es responsabilidad del Congreso aprobar una legislación adecuada, que no sea represiva como sucedió en décadas pasadas, pero tampoco deje al usuario del sistema a merced de los bancos.

Para terminar, y considerando la actualidad que tienen, permítaseme citar in extenso las palabras que el maestro De Ruggiero decía con respecto a las tasas de interés y el papel que le corresponde al Derecho:

*“...grave y complejo problema es el de la determinación de las tasas y de la función respectiva del legislador; un problema que ha preocupado siempre (y que fue causa de agitaciones y perturbaciones políticas) por las múltiples cuestiones de altísima trascendencia social que lleva aparejadas y por la dificultad de **conciliar los criterios económicos con los jurídicos, las puras aspiraciones sentimentales con las exigencias de la vida y del comercio.** Cuáles son los criterios que deben presidir la fijación de la tasa; si en orden a los intereses convencionales, y por respeto a la libertad individual, debe dejarse su fijación al arbitrio de las partes, o debe, por el contrario, intervenir el Estado para corregir los excesos y reprimir los abusos de la usura; admitida la intervención, **cuáles deben ser sus límites y cuándo puede considerarse como lícito el interés y cuándo***

*usurario; de qué modo podrá actuarse una represión eficaz de la usura; he aquí los problemas que el legislador debe afrontar y resolver y que la historia de las legislaciones antiguas y modernas nos ofrece resueltos en mil formas diferentes”.*

El reto está planteado. El legislador tendrá que tener en cuenta los nuevos tiempos, si quiere adecuar el derecho a la realidad y no la realidad al derecho, como muchas veces ha ocurrido. Dentro de un estado constitucional y democrático de derecho, la sentencia exhortativa del TC es un primer intento plausible en ese sentido.

**Eduardo Jiménez J.\***

[ejilaw@yahoo.es](mailto:ejilaw@yahoo.es)

\* Abogado y sociólogo. Miembro –en distintos periodos- de las Comisiones Consultivas de: Derecho Civil (Contratos-Obligaciones), Derecho Procesal Civil, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Profesor universitario.

## NOTAS

<sup>1</sup> No solo de las sociedades capitalistas, en la antigüedad ya se cobraba un interés por el dinero dado en crédito. La Biblia registra el cobro de intereses; aunque, evidentemente, con el desarrollo de las relaciones comerciales en el mundo capitalista el cobro de intereses por un mutuo prestado se universalizó. ***Tasas de interés: un enfoque jurídico-económico. Cap. I: Breve historia de las tasas de interés.*** Obra inédita del autor.

<sup>2</sup> La usura entendida como el interés excesivo sobre un préstamo, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena. Enciclopedia Jurídica Omeba.

<sup>3</sup> La asimetría en las relaciones acreedor-deudor no se da en todos los casos; existen supuestos en que el deudor tiene más poder que el acreedor; pero, por lo común, es el acreedor quien está en mejor posición para imponer sus términos. Por otra parte, la doctrina liberal rechaza la injerencia del Estado en la libre contratación entre dos particulares, algo encomiástico

sin duda y que teóricamente es válido, pero que olvida que en la realidad se presentan otras variables como el poder fáctico, sea de naturaleza política, económica o social, que enturbian y desnivelan esa supuesta igualdad en el plano teórico, de allí que el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, deba intervenir para equilibrar la balanza.

*IV En el marco de las consideraciones expuestas, formulamos las siguientes digresiones, con el objeto de fortalecer la posición del usuario frente a las entidades financieras: a) teniendo en cuenta la insuficiente regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico, debe detectarse y suprimirse cualquier tipo de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo bancario en desmedro del usuario; b) debe propenderse a la reducción de las relaciones asimétricas con las entidades bancarias, por cuanto es evidente que no existe la más mínima posibilidad de negociación individual por parte de los usuarios del crédito, respecto de las tasas de interés y financiamiento, dado que se entabla una relación contractual no consensuada, habida cuenta que los contratos se hallan pre redactados, sin la participación o asentimiento previo del adherente en la determinación de las tasas e intereses; c) debe establecerse la aplicación de tasas de interés que guarden relación con el servicio bancario efectivamente prestado por las entidades; d) en épocas de mínima inflación como las actuales, ninguna entidad de crédito puede esgrimir razón valedera alguna para aplicar altas tasas y punitivos intereses usurarios por los servicios bancarios. Las tasas, lejos de ser arbitrarias, deberían ser flexibles y estar negociadas o acordadas por ambas partes, puesto que, de lo contrario, estaríamos ante la presencia de una operatoria privilegiada y prepotente de la banca; e) las elevadas tasas para la financiación de compras con tarjetas de crédito e intereses punitivos, se trasluce en una situación inequitativa, ya que el usuario está imposibilitado de renunciar al servicio antes de haber abonado las liquidaciones abusivas adelantadas, perjudicándose cada vez más sus intereses económicos; estableciéndose, además, que si desea rescindir el servicio sin pagar en el futuro, no será aceptado o tendrá escasas posibilidades de que lo acepten en otro servicio similar, por estar incluido en los nefastos registros de morosos; f) se debe evitar que las tasas sean incrementadas permanentemente por la banca, demostrando el poder económico y*

*unilateral de la misma. Los índices no surgen de ningún resumen tarifario ni de ninguna regulación; tampoco cuentan con el visto bueno del Banco Central de Reserva o de cualquier otra autoridad; por ende, es el resultado de una decisión oligopólica abusiva; g) los porcentajes de las tasas de interés e intereses punitivos resultan desproporcionados respecto a los intereses generales de la plaza cambiaria; h) si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a su ineficiencia comparada con el nivel internacional, por lo que no resulta justo que sean cargados a los consumidores. Las tasas deben ser proporcionales a la mora; i) el régimen del sistema resulta abusivo porque los buenos consumidores –que son mayoría pagan regularmente todos los conceptos incluidos en sus obligaciones crediticias, a pesar de que se los castiga injustamente con la inseguridad propia de un sistema de alto riesgo crediticio; j) ante la inexistencia de responsabilidad del usuario por el riesgo crediticio, el prestador de servicio se constituye en el único responsable de abuso manifiesto; k) deben eliminarse las tasas leoninas so pretexto del riesgo crediticio; con mínima inflación y una paridad cambiaria positiva, el único riesgo debe ser la falta de pago del usuario. Por ello, las instituciones bancarias tienen el deber de informarse de la situación del cliente al que se le concederá un crédito, es decir, la obligación de reunir la información previa y necesaria sobre la solvencia y capacidad de pago del cliente, por lo que la excusa del riesgo crediticio, esgrimida para justificar el cobro de altos intereses por parte de los prestadores del servicio crediticio, quedaría totalmente descartada; l) el negocio bancario como modo de dominación es lo que constituye un alto riesgo social. La operatoria bancaria se desarrolla mediante contratos por adhesión, lo que pone de relieve el carácter dominante que tiene la entidad financiera, que impone sus cláusulas predispuestas por medio de condiciones generales elaboradas unilateralmente con el exclusivo propósito de someter al cliente a los planes y directivas cuyo fin es el mejor éxito del banco. (Fundamento 13 de la sentencia)*

<sup>v</sup> Lo siguiente es el resumen del capítulo IV (Secc. I: Los tipos de interés en el Código Civil) de mi libro ***Tasas de interés: un enfoque jurídico-económico***.

<sup>vi</sup> Tendrá una excepción en cuanto a la tasa de interés que fijen las entidades financieras, como lo veremos más adelante.

<sup>vii</sup> Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, T.V, p.392 (en adelante Exp.Mot.).

<sup>viii</sup> Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, p. 165 (en adelante DJE).

<sup>ix</sup> Smith, Adam: *La riqueza de las naciones*, Vol. I, p. 138. Caso similar sucede con el interés moratorio, definido por A. Smith como *usura punitiva*, permitido en caso de demora o atraso del deudor, entendido desde la interpelación judicial, p. 139. Estas reminiscencias de la doctrina liberal llegaron a nuestro país y tocaron a nuestros primeros códigos. Estoy usando la edición en tres volúmenes de Ediciones Orbis, 1983.

<sup>x</sup> *No se trata aquí, como se infiere del mismo contexto, de la **usura lucrativa**, conocida generalmente por el término genérico de usura, prohibida como ilícita por todos derechos, que es dar algo más de la suerte principal por razón del simple mutuo, sino de la usura que llaman compensativa o interés mercantil del dinero o ganancias.* Op. cit., p. 138

<sup>xi</sup> Exp. Mot., T V, p. 392

<sup>xii</sup> DJE, p.165

<sup>xiii</sup> Exp. Mot., T V, p. 393

<sup>xiv</sup> Ahorro, inflación e indexación: Experiencias en América Latina. Informe de ALIDE, 1987

<sup>xv</sup> El primer párrafo del art. 9º de la vigente Ley general del sistema financiero señala (en negrita nuestro):

**Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios.** Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. **La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243º del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera.**

<sup>xvi</sup> Una forma es colocando “techos” o topes máximos a estos conceptos, a fin que no exageren en los cobros.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

### DERECHO Y NORMAS LEGALES

ACOSTA Romero, Miguel: *Derecho Bancario*, 2ª Edición. México DF.

BULLARD, Alfredo: *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Lima, 2010

CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición Heliasta. Buenos Aires.

CASTILLO Dávila, Melquíades: *Derecho Monetario y Bancario*. Lima. s/f

CASTRO Gallo, Mario: *Manual de intereses por deuda*. Lima. s/f

*Código Civil del Estado Nor-Peruano de 1836*. Edición Oficial. Lima, 1836, 200pp.

*Código Civil del Perú de 1852*. Anotado y concordado por don Miguel Antonio de la Larra. 3ª Edición. Lima, 1905. 848 pp.

*Código Civil del Perú de 1936*. Edición a cargo de la Dra. Lucrecia Maisch Von Humboldt. Lima.

*Código Civil del Perú de 1936*. Edición a cargo del Dr. Fernando Guzmán Ferrer. 3T.

*Código Civil del Perú de 1984*. Edición Oficial. Lima, 1984.

*Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*. Ediciones Legales, Lima, 2003



*Código Civil comentado*. Edición de Gaceta Jurídica, 10 Tomos

*Código Civil Colombiano* (versión electrónica)

En: [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf)

*Código Civil argentino* (versión electrónica)

En: <http://www.redseguros.com/Descargas/CodigoCivil.pdf>

*Código Civil chileno* (versión electrónica)

En: [http://copropietarios.cl/leyes/DERECHOC/CODIGO\\_CIVIL\\_CHILENO.pdf](http://copropietarios.cl/leyes/DERECHOC/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf)

*Código Civil español* (versión electrónica)

En: <http://dgraj.mju.es/secretariosjudiciales/docs/codigocivil.pdf>

*Código Civil francés* (versión electrónica)

En: [http://195.83.177.9/upl/pdf/code\\_41.pdf](http://195.83.177.9/upl/pdf/code_41.pdf)

*Código Civil italiano* (versión electrónica)

En: [http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm)

*Código de Comercio de 1902*. Edición Especial de Normas Legales.

*Constitución Política del Perú de 1979*. Edición Oficial.

*Constitución Política del Perú de 1993*. Edición Oficial del Congreso de la República.

*Enciclopedia Jurídica Omeba*.

FIERRO Tamarit, Juan Francisco: Las obligaciones en moneda extranjera

FLORES Polo, Pedro: *Diccionario de Términos Jurídicos*. 4T, Editorial Cuzco.

GURFUNKEL de Wendy, Lilian: *Depreciación Monetaria. Revalorización de deudas dinerarias*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.

GUZMÁN Ferrer. Código Civil comentado. 3 Tomos. Edit. Cultural Cuzco. Lima, 1982

HIRSCHBERG, Eliyahu. "El principio nominalista". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976

KRESALJA-OCHOA: La constitución económica. PUCP. Lima, 2009

LEÓN, Leysser: *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007

OSTERLING Felipe y CASTILLO Mario: *Tratado de las obligaciones*, Vol. XVI, Tomos V, VI y VII. Fondo Editorial de la PUCP, 2003.

OSTERLING Felipe y CASTILLO Mario: *Consideraciones generales acerca del pago de intereses*. En: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

OSTERLING, Felipe: *Las obligaciones*. Editorial Grijley, 8ª edición, 2007

PALACIO Pimentel, H. Gustavo: *Las obligaciones en el derecho civil peruano*, 2ª Edición

REVOREDO de Debakey, Delia. *Antecedentes legislativos, concordancia y comparaciones en el Código Civil de 1984 (incluye una exposición de motivos y comentarios)*. Edición de Librería Studium. Lima, 1985.

SIERRALTA, Aníbal: *Introducción a la Juseconomía*. PUCP. Lima, 1988

TOLA Cires, Fernando: *Derecho romano: obligaciones, contratos, delitos y acciones*. Editorial San Marcos, 3ª Edición, 1997

TORRES Vásquez, Aníbal: Teoría general de las obligaciones. 2 Vol. Edic. Instituto Pacífico, 2º reimpresión, Noviembre, 2014

VARSI Rospigliosi, Enrique: Tratado de Derechos Reales, T 1, Edic. Universidad de Lima, Lima, 2017

VÁSQUEZ Ríos, Alberto: *Derechos reales*. 3T. Editorial San Marcos, Lima, 2005

VILLEGAS Carlos y Schujman Mario: *Intereses y tasas*. Editorial. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990

*Ley General del Sistema Financiero y de Seguros*. Edición oficial.

Ley 2760 del 26.6.1918 sobre Agio y Usura.

Ley 11078 del 5.8.1949 sobre Represión del delito de agio y usura.

Ley 13958 del 30.1.62 sobre Normas de funcionamiento del BCR.

Ley Orgánica del BCRP.

Circulares del BCRP

Normas legales varias del Diario Oficial “El Peruano”.

## **ECONOMÍA (INCLUYE BIBLIOGRAFÍA SOBRE MONEDA, BANCA Y FINANZAS)**

ARELLANO, José Pablo: *Ahorro, inflación e indexación*. Experiencias en América Latina. ALIDE, Mayo, 1987.

BCRP: *Glosario de términos económicos*. Ediciones del Banco Central de

Reserva del Perú

BARRE, Raymond: *Tratado de Economía Política*. T II

BASOMBRÍO Zender, Ignacio: *Bancos: Elementos para un debate (Ensayos)*. Edición Unión del Pacífico. Lima, 1983.

BENDICEN, Federico: *La esencia del dinero*

*Economía de China*, T II. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1984.

*Enciclopedia Práctica de Economía*. España, 1983

ESPINOZA, Abdías: *Manual del Analista Financiero*. Lima, 1987.

FRIEDMAN, Milton: *Libertad de elegir*. Edición Orbis. España, 1983.

GALBIS, Vicente: *Aspectos teóricos de las políticas de tasas de interés en países en desarrollo*. CEMLA, N° 46. México, 1981.

GALBRAITH, John K.: *El dinero, de dónde vino adónde fue*. Ediciones Orbis. España, 1983.

GALBRAITH, John K.: *La sociedad opulenta*. Edición Origen/Planeta. México, 1986.

KAFKA, Folke: *Teoría Económica*. Ediciones Universidad del Pacífico, 1986.

JIMÉNEZ Jiménez, Eduardo: *Las teorías monetarias en John Keynes y Milton Friedman: dos hombres, dos épocas*. Lima, 1987 (monografía).

KAFKA, Folke: *Teoría Económica*. Edición de la Universidad del Pacífico. Lima, 1986.

KEYNES, John: La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero. FCE, México, DF

MONCARZ, Raúl: *Moneda y Banca. Teoría Monetaria, finanzas e inflación*. Ohio, EUA, 1982.

POSNER, Richard: El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica

REMOLINA, Ramón: *Pensamiento y acción*. Edición del Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, 1995.

RICARDO, David: *Principios de Economía Política*. Edición Sarpe. España, 1985.

RIVAS Gómez, Víctor: *Terminología bancaria y financiera*. Edición Amauta. Lima, 1986.

ROLL, Eric: Historia de las doctrinas económicas. FCE, México-Buenos Aires, 1961

SAMUELSON, Paul: *Curso de Economía*. Editorial Aguilar. España, 1974.

SAMUELSON, Paul: *Economía con sinceridad*. México, 1984.

SMITH, Adam: *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Edición Orbis. España, 1983.

TINBERGEN, Jan: *Hacia una economía mundial*. Edición Orbis. España, 1983.

WEEB, Richard: *Por qué soy optimista?* (recopilación de artículos). Edición El Virrey. Lima, 1985.

## **GLOSARIOS DE TÉRMINOS ECONÓMICOS:**

Glosario Términos Económicos BCRP

<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf>

Diccionario de Economía y Finanzas de Carlos Sabino

<http://paginas.ufm.edu/Sabino/ingles/book/diccionario.pdf>

Diccionario de Economía

<http://www.eumed.net/diccionario/dee/dee.pdf>

## **CIENCIAS SOCIALES**

BASADRE, Jorge: *Historia de la República del Perú*. Edición del diario “La República”.

DE SOTO, Hernando: *El otro sendero*. Edición del Instituto Libertad y Democracia. Perú, 1987.

GENEEN, Harold y Moscow, Alvin: *Alta dirección*. Edición Grijalbo. España, 1986.

GRIMBERG, Carl: *Historia Universal*. Edición Revista Gente, 1983

OUCHI, William: *Sociedad “M”*. Edición Norma. Colombia, 1986.

PEASE, Henry: *El ocaso del poder oligárquico*. El Cid Editor. Argentina, 1979.

TOFFLER, Alvin: *La empresa flexible*. Plaza y Janes Editores. España, 1985.

WEBER, Max: *La ética protestante y el espíritu capitalista*. Edición Sarpe. España, 1984.

## LINKS PÁGINAS WEBS CITADAS:

### **Aimone y Silva: La noción de derecho económico**

Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/325670423/Derecho-Economico-1>

### **Argañaras, Jose Ignacio: La cuenta corriente bancaria**

Recuperado de: <http://studylib.es/doc/7877388/la-cuenta-corriente-bancaria>

### **Arjona, Ana María y Rubio Pardo, Mauricio: El análisis económico del derecho**

Recuperado de:

<https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>

### **ASBANC: Estudio de los topes a las tasas de interés.**

Recuperado de:

[http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%20C3%89S%20-%20Julio%202013\\_20130705125533781.pdf](http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ESTUDIO%20TOPES%20A%20LAS%20TASAS%20DE%20INTER%20C3%89S%20-%20Julio%202013_20130705125533781.pdf)

### **Ceron, Germán – Imbarack, Samir: Glosario de términos contables, financieros, económicos y tributarios de uso frecuente**

Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/342868868/glosario-de-terminos-g-cheron-y-s-imbarack-pdf>

### **Medina Alcoz, María: Anatocismo, derecho español y draft common frame of reference**

Recuperado de: [www.indret.com](http://www.indret.com)

### **Montaño Galarza César: Concepto y campo económico del Derecho Económico**

Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1763/1/RF-04-AV-Monta%C3%B1o.pdf>

### **Nugués, Rodolfo A.: “La Cuenta Corriente Bancaria**

Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/169683293/La-Cuenta-Corriente-Bancaria>

### **Osterling-Castillo: Los intereses compensatorios y moratorios**

Recuperado de: <http://www.castillofreyre.com/>

### **Osterling-Castillo: El nominalismo y el valorismo en el Perú**

Recuperado de: <http://www.castillofreyre.com/>

## **Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica**

Recuperado de: <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

## **Rodríguez Olivera, Nuri: Cuenta corriente mercantil**

Recuperado de: <http://www.derechocomercial.edu.uy/bol10ctosbanc.htm>

## **PUBLICACIONES DEL AUTOR REFERIDAS EN LA PRESENTE TESIS**

- **Los contratos ley.** Disponible en:

<http://elobservador.perublog.net>

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

- **Monopolios y posición dominante en el mercado: apuntes para una eventual reforma de la constitución económica.** Disponible en:

<http://elobservador.perublog.net>

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

- **Breve historia de las tasas de interés.** Disponible en:

<http://elobservador.perublog.net>

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

[www.monografias.com](http://www.monografias.com)

- **Los tipos de interés en el Código Civil.** Disponible en:

<http://elobservador.perublog.net>

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

[www.monografias.com](http://www.monografias.com)

- **Los intereses compensatorios en el sistema financiero: a propósito de una sentencia del tribunal constitucional.** Disponible en:

<http://elobservador.perublog.net>

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)

- **Contrato, ley y orden público: El mercader de Venecia de William Shakespeare**

Disponible en:

[www.ius-aequitas.blogspot.com](http://www.ius-aequitas.blogspot.com)



---